

Sygn. akt XVII AmA 179/11

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2012 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Perdion - Kalicka

Protokolant: Patrycja Żuk

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2012 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...)Sp. Jawna w L.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem (...) S.A. w P.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania Przedsiębiorstwa (...)Sp. Jawna w L. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 31 grudnia 2008 roku

orzeka:

1. oddala odwołanie w części w jakiej nie zostało ono uwzględnione w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 lipca 2010 roku w sprawie XVII AmA 70/09;
2. zasądza od Przedsiębiorstwa (...)Sp. Jawna w L. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 600,00 zł (sześćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;

SSO Małgorzata Perdion – Kalicka

Sygn. akt XVII AmA 179/11

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 31.12.2008r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, póź. 331 ze zmian. Dz. U. Nr 99, póź. 660, Dz. U. Nr 171, póź. 1206), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania przeciwko Przedsiębiorstwu (...)spółka jawna w L. oraz (...) SA w P. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Przedsiębiorstwo (...) spółka jawna w L. oraz (...) SA w P. niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia, polegającego na ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy ww. przedsiębiorcami cen sprzedaży przez (...) SA w P. lodów produkowanych i sprzedawanych przez Przedsiębiorstwo(...)spółka jawna w L., co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 01.01.2008r.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK z urzędu nałożył kary pieniężne na poniżej wskazanych przedsiębiorców w następującej wysokości:

a) na Przedsiębiorstwo (...)spółka jawna w L. w wysokości 269.598 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych).

b) na (...) SA w P. w wysokości 829.462 zł. (słownie: osiemset dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt dwa złote).

W uzasadnieniu decyzji pozwany wywodził, że z zawartej między stronami umowy i stosowanej praktyki wynika, że strony ustaliły że (...) nie będzie sprzedawać lodów marki (...) po cenach niższych niż sugerowane przez producenta ceny minimalne a sprzedawca ustalając ceny detaliczne stosował się do tych cen minimalnych i nigdy nie obniżył ceny poniżej cen minimalnych. W ocenie Prezesa UOKiK skutkiem zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (...) została pozbawiona możliwości swobodnego kształtowania cen sprzedawanych przez siebie towarów a (...), posiadał pewność co do minimalnej wysokości cen detalicznych sprzedaży jego wyrobów odbiorcom końcowym tj. konsumentom. Zawarte porozumienie uniemożliwiało (...) SA w P. nieograniczone reagowanie na zaistniałą sytuację na rynku, kształtowania cen w zależności od posunięć cenowych konkurentów. Tym samym skutkiem zawartego porozumienia było ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej” pomiędzy dystrybutorami lodów (...). Skutki takich działań odczuła nieograniczona liczba klientów tego przedsiębiorcy czyli konsumenci, którzy nabywali lody marki (...) po cenach ustalonych pomiędzy stronami porozumienia, co uzasadniało zdaniem Prezesa UOKiK twierdzenie, iż w niniejszej sprawie został naruszony interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów, co z kolei oznacza, że porozumienie zawarte przez (...) oraz (...) może podlegać ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ustalając wysokość kary nałożonej na uczestnika porozumienia Przedsiębiorstwo (...)spółka jawna w L. Prezes UOKiK stanął na stanowisku, że przedmiotowe porozumienie stanowiło poważne naruszenie reguł konkurencji stąd też nałożona kara pieniężna powinna mieć przede wszystkim walor represyjny. Postanawiając o wysokości kary organ antymonopolowy wziął pod uwagę przede wszystkim fakt, iż przedsiębiorca uczestniczył w porozumieniu ograniczającym konkurencję mającym na celu ustalanie cen sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez tego przedsiębiorcę, która to praktyka jest uznawana za jedno z poważniejszych naruszeń prawa konkurencji oraz to, że zawarcie porozumienia doprowadziło do ograniczenia konkurencji tzw. „wewnątrz markowej” na lody produkowane i sprzedawane przez (...). Ponadto na wymiar nałożonej kary pieniężnej miała również wpływ przesłanka, iż na skutek porozumień doszło do eksploatacji najsłabszych uczestników rynku tj. konsumentów, którzy w wyniku jego stosowania, nabywali lody marki (...) po cenach wyższych niż wynikające ze swobodnego działania mechanizmów konkurencji. Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej Prezes UOKiK uwzględnił również umyślność działań spółki (...), która jako profesjonalista działający od wielu lat na rynku, powinna w ocenie organu zdawać sobie sprawę z uregulowań jakie zawiera ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Uzasadniając wymiar kary Prezes UOKiK powoływał się również na długotrwałość porozumienia, gdyż trwało dłużej niż rok i tym samym jego skutki były odczuwalne dla konsumentów przez tak długi okres.

Organ ponadto uznał, że okolicznością, która wpłynęła na wymiar kary w stosunkowo niewielkiej wysokości w odniesieniu do kary maksymalnej jaka mogła zostać nałożona na przedsiębiorcę, był charakter towarów, które nie są produktem niezbędnym do życia konsumentom oraz, to że są to wyroby, które nie mają większego wpływu na inne kluczowe sektory gospodarki.

Jako kolejną przesłankę łagodzącą mającą wpływ na wysokość kary Prezes wskazał fakt, że przedsiębiorca ten podpisał aneks do umowy, w toku trwania niniejszego postępowania, co skutkowało zaniechaniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję oraz współpracował z Prezesem Urzędu.

***Odwołanie od decyzji złożyło Przedsiębiorstwo (...)sp. jawna z siedzibą w L. zaskarżając decyzję w całości, i zarzucając jej:***

1. naruszenie art. 9 k.p.a. w zw. z art. 83 i art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez brak pouczenia Przedsiębiorstwa Produkcji (...) sp. jawna z siedzibą w L. o dopuszczalności złożenia wniosku, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co wykluczyło możliwość uzyskania przez stronę powodową tzw. decyzji zobowiązującej oraz skorzystanie z dobrodziejstwa art. 12 ust. 4;
2. naruszenie art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez:
  - a. nieuwzględnienie przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej: braku uprzedniego naruszenia przez Przedsiębiorstwo (...)sp. jawna przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
  - b. niezasadne uwzględnienie przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej: umyślności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, faktycznego stosowania zawartego porozumienia, w zakresie szerszym niż można to przyjąć na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Powód wniósł o: uchylenie decyzji w całości - a w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku o zmianę zaskarżonej decyzji w części, w której nałożono na stronę powodową karę pieniężną poprzez zmniejszenie wysokości nałożonej na Przedsiębiorstwo (...)sp. jawna kary pieniężnej do kwoty 50.000, 00 zł (pięćdziesiąt tysięcy złotych).

W uzasadnieniu odwołania powód, odwołując się do stosowania w postępowaniu antymonopolowym w sprawach nieuregulowanych przepisów kodeksu postępowania administracyjnego wskazał, że Prezes UOKiK wbrew wymogowi art. 9 k.p.a. nie poinformował o „okolicznościach prawnych”, które mogą mieć wpływ na ustalenie praw lub obowiązków strony, w szczególności nie pouczył powoda jako strony postępowania o możliwości przewidzianej przez art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Przepis ten daje możliwość dobrowolnego zobowiązania się przez stronę do podjęcia lub zaniechania działań zmierzających do zapobieżenia uprawdopodobnionemu naruszeniu art. 6 ustawy i wnioskowania o wydanie decyzji nakazującej wykonanie tego typu zobowiązań. W ocenie powoda gdyby Prezes UOKiK już w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania, pouczył go o dopuszczalności i skutkach złożenia wniosku w trybie art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - to taki wniosek zostałby przez niego w sposób wyraźny wyartykułowany.

Zdaniem powoda stwierdzone naruszenie art. 9 k.p.a. w zw. z art. 83 ustawy i art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, musi prowadzić do uchylenia zaskarżonej decyzji w całości. Zdaniem odwołującego się pomimo powszechnej opinii, iż Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie kontroluje legalności decyzji organu antymonopolowego, to bez wątpienia kontrola legalności działania tego wyspecjalizowanego organu administracji - w tym praworządności prowadzonego postępowania administracyjnego - jest podstawowym wymogiem zagwarantowania praworządności w działaniach Prezesa UOKiK.

Orzeczeniu w przedmiocie wysokości kary powód zarzucał pominięcie faktu, braku uprzednich naruszeń prawa antymonopolowego przez spółkę (...), oraz bezzasadne przypisanie działaniu spółki cechy umyślności.

W ocenie powoda, nałożona przez Prezesa UOKiK kara pieniężna, w ogóle nie powinna zostać wymierzona, ewentualnie powinna być wymierzona w wysokości niższej, niż to miało miejsce.

***Zainteresowany (...)S.A. w całości poparł odwołanie powoda i wniósł o uchylenie decyzji (...) oraz orzeczenie, iż Przedsiębiorstwo (...)sp. j. oraz (...) S.A. nie zawarły zakazanego porozumienia, ewentualnie o uchylenie decyzji w części dotyczących nałożonych kar.***

Zainteresowany wskazał, że w jego ocenie zaskarżona decyzja narusza:

- art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez błędne przyjęcie, że strony dopuściły się praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 w/w ustawy, art. 1 ustawy uokik poprzez brak ustalenia istnienia interesu publicznoprawnego i błędne przyjęcie, że taki interes w przedmiotowej sprawie istnieje,
- art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy uokik poprzez brak ustalenia antykonkurencyjnego celu lub skutku kwestionowanego porozumienia,
- art. 7, 77 i 78 k.p.a. w zw. z art. 83 ustawy uokik poprzez zaniechanie dokonania niezbędnych ustaleń faktycznych, brak przeprowadzenia wnioskowanych przez jedną ze stron dowodów oraz wadliwą ocenę dokonanych ustaleń,
- art. 111 ustawy uokik w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy uokik poprzez brak ustalenia okoliczności umożliwiających określenie wysokości kary oraz w konsekwencji wymierzenie tej kary w wysokości nieproporcjonalnej (zawyżonej) do stopnia naruszenia konkurencji.

Zainteresowany wniósł o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków wnioskowanych w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, z opinii biegłego z zakresu ekonomii w zakresie charakterystyki sklepów typu „convenience” oraz sposobu ustalania cen przez takie sklepy oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedłożonych w toku postępowania antymonopolowego.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK wskazał, że zarzut naruszenia przez niego w toku postępowania administracyjnego art. 9 k.p.a. w zw. z art. 83 i art. 12 ust. 1 ustawy okik jest niezasadny. Prezes UOKiK stwierdził, że wszczęcie w dniu 03.03.2008 roku postępowania antymonopolowego poprzedzone było prowadzonym w 2006 roku badaniem rynku, którego celem było ustalenie stopnia koncentracji na krajowym rynku lodów, w ramach którego powodowa spółka złożyła wyjaśnienia m.in. w piśmie z dnia 18.12.2006 roku, oraz wszczęciem w dniu 15.05.2007 roku postępowania wyjaśniającego. Przy dołożeniu należytej staranności już na tym etapie przedsiębiorca, udzielając organowi antymonopolowemu wyjaśnień, o które wzywano na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej, powinien był zapoznać się z jej regulacjami. Udzielając odpowiedzi na pytanie organu antymonopolowego pismem z dnia 24.05.2007 roku powodowa spółka podnosiła przede wszystkim, że stosowane przez siebie działania w ramach polityki cenowej uznaje za jak najbardziej prawidłowe. W odpowiedzi z dnia 25.03.2008 roku spółka (...) stwierdziła, że nie zgadza się z zarzutem zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, gdyż oceniany przez pozwanego zapis umowy był zapisem martwym, a spółka nie prowadziła kontroli cen umownych. Z treści tego pisma trudno wnioskować, że miało ono na celu podjęcie działań objętych hipotezą art. 12 ust. 1 ustawy antymonopolowej, w sytuacji, gdy na zawarte w piśmie z dnia 03.03.2008 roku jasne i precyzyjne określenie zachowania spółki (...), strona stanowczo zaprzeczyła temu, że zawarła niedozwolone porozumienie cenowe, tym samym poddając wątpliwość przyjęte przez organ antymonopolowy uprawdopodobnienie tego faktu na podstawie wcześniej zebranych dokumentów w toku postępowania wyjaśniającego. Skorzystanie z dobrodziejstwa art. 12 ustawy antymonopolowej wymaga podjęcia przez przedsiębiorcę szeregu konkretnych działań, ale przede wszystkim uznania zarzutu stosowania zarzucanych mu praktyk za prawidłowo postawiony i uprawdopodobniony. W związku z powyższym brak było podstaw by oświadczenie strony zawarte w piśmie z dnia 25.08.2008 roku uznać za wniosek, o jakim mowa w art. 12 w/w ustawy.

Pozwany uznał także za niezasadny zarzut naruszenia art. 111 ustawy okik. Stwierdził, iż z uzasadnienia decyzji wynika, że kara, nałożona na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej, zamiarkowana została w jej dolnych ustawowych granicach i powinna stanowić dolegliwość dla strony niniejszego postępowania, tak aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji.

**Wyrokiem z dnia 29 lipca 2010 r. sygn. akt XVII AmA 70/09 Sąd Okręgowy w Warszawie – Wydział XVII Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił decyzję Prezesa UOKiK nr (...) z dnia 31 grudnia 2008 r. w punkcie II lit. a) w ten sposób, że nadał mu treść: „na przedsiębiorstwo (...)sp. jawna w L. wysokości 100 000 zł (słownie: sto tysięcy zł)”, oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.**

Od powyższego wyroku apelację wniósł powód a także zainteresowany (...) S.A. w P.. Powód powyższy wyrok zaskarżył w następującym zakresie: „w części, w której Sąd Okręgowy zaniechał uchylenia decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r. (nr (...)) w stosunku do Przedsiębiorstwa (...) sp. jawna w L. oraz utrzymał w stosunku do strony powodowej karę pieniężną w wysokości 100 000,00 zł (sto tysięcy złotych) – pkt I wyroku, jak również w zakresie orzeczenia o kosztach procesu – pkt II.” Uczestnik postępowania (...) S.A. zaskarżył wyrok SOKiK z dnia 29 lipca 2010 r. w całości.

Postanowieniem z dnia 12 października 2011 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny odrzucił obie powyższe apelacje. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny wskazał, że przyczyną odrzucenia apelacji był brak tzw. gravamen po stronie obu skarżących, tj. zaskarżony wyrok w pkt. I nie zawierał rozstrzygnięcia niekorzystnego dla któregośkolwiek ze skarżących. Jednocześnie w pkt. II postanowienia Sąd Apelacyjny odrzucił zażalenie na rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

***W dniu 27 października 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Wydział XVII Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał wyrok uzupełniający sygn. akt XVII AmA 70/09, którym uzupełnił wyrok z dnia 29 lipca 2010 r. w ten sposób, że w pozostałym zakresie odwołanie oddalił.***

Od powyższego wyroku uzupełniającego apelacje wnieśli również powód i uczestnik postępowania.

Apelacje powoda i uczestnika od powyższego wyroku uzupełniającego z dnia 27 października 2010 r. okazały się skuteczne i wyrokiem z dnia 12 października 2011 r. sygn. akt VI ACa 385/11 Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny uchylił wyrok i sprawę w zakresie nim objętą przekazał Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego.

Z wytycznych dla Sądu I instancji zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego wynika, że Sąd ponownie rozpoznając sprawę powinien zbadać podstawę faktyczną i prawną decyzji i rozstrzygnąć o żądaniu powoda uchylenia decyzji jak i żądaniu obniżenia kary pieniężnej do kwoty 50.000 zł.

***Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

Przedsiębiorstwo (...)spółka jawna w L. jest obok (...) SA w W. jednym ze znaczących producentów lodów na rynku krajowym (okoliczność bezsporna).

(...) jest organizatorem sieci sprzedaży detalicznej typu „convenience” tj. sieci ok. 2000 sklepów małopowierzchniowych w całej Polsce, oferujących zarówno artykuły spożywcze, napoje - w tym alkohol - jak i artykuły gospodarstwa domowego (okoliczność bezsporna).

W dniu 18 kwietnia 2006r. została zawarta pomiędzy Przedsiębiorstwo (...)spółka jawna w L. oraz (...) SA w P. umowa o współpracy nr (...) (k.15-18 akt administracyjnych). W umowie zawartej na czas nieokreślony, przedsiębiorcy ustalili zasady zakupu towarów handlowych od firmy (...) oraz zasady dostaw do sieci sklepów (...). Zgodnie z § 1 ust 1 lit a/ umowy (...) zobowiązała się do zakupu towaru zgodnie z zapotrzebowaniem sieci. Ponadto w pkt § 1 ust 1 lit e/ umowy, (...) S.A. zobowiązała się do stosowania „cen nie niższych niż sugerowane przez sprzedającego”.

Zgodnie z postanowieniami umowy, integralną jej część stanowią załączniki oraz „Ogólne Warunki Dostawy Towarów Do Sklepów (...)”. W ogólnych warunkach zaznaczono (pkt 23), że ceny w załączniku 4 są cenami proponowanymi do detalu przez (...) SA w P..

Załącznikiem nr 1 do umowy była „Oferta asortymentowo-cenowa, sezon 2006. Propozycja indeksów do sklepów sieci (...)” opracowana przez (...) (k.17v-18 akt administracyjnych). Oferta zawierała m.in. wykaz asortymentu tj. lodów marki (...), cenę zbytu netto oraz „cenę detaliczną sugerowaną za jedną sztukę”. Z kolei załącznikiem nr 4 do umowy, był wykaz asortymentu oraz ceny detaliczne proponowane przez (...) za jedną sztukę (k.19v akt administracyjnych). Z porównania wysokości cen proponowanych przez (...) oraz (...) w załącznikach do umowy wynika, że (...) jedynie

w dwóch spośród siedemnastu łodów marki (...), ustaliła ceny detaliczne sprzedaży łodów tej marki, na poziomie zaproponowanym przez (...). Natomiast w pozostałych 15 przypadkach, ceny sprzedaży łodów zostały ustalone przez (...) na poziomie wyższym niż zaproponowane przez (...) w załączniku nr 1 do umowy. Oznacza to, iż (...) w załączniku nr 4 do umowy zaproponowała ceny detaliczne sprzedaży łodów w 2 przypadkach na poziomie takim samym, natomiast w 15 przypadkach na poziomie wyższym niż sugerowane przez (...) w załączniku nr 1 do umowy o współpracy. Tym samym (...) zgodnie z § 1 ust. 1 lit e/ umowy o współpracy, ustaliła ceny detaliczne sprzedaży łodów marki (...), na poziomie nie niższym niż sugerowane przez tego przedsiębiorcę.

W podobny sposób zostały również ustalone ceny na sezon rozpoczynający się od 07 maja 2007r (cennik k.20). Mianowicie z porównania wysokości cen sugerowanych przez (...) na 2007r. oraz propozycji cen (...) na ten sezon wynika, iż (...) ustaliła w jednym przypadku ceny detaliczne sprzedaży łodów na poziomie proponowanym przez (...), natomiast w przypadku 16 rodzajów łodów, ustaliła ich ceny na poziomie wyższym niż proponowane przez tego przedsiębiorcę. Oznacza to, iż również w roku 2007, zostały ustalone pomiędzy Przedsiębiorstwo (...) oraz (...) SA ceny sprzedaży łodów zgodnie z § 1 ust. 1 lit e/ umowy o współpracy tj. w wysokości nie niższej niż sugerowane przez (...).

Już po wszczęciu postępowania antymonopolowego w dniu 4 kwietnia 2008r (...) SA w P. i Przedsiębiorstwo (...) spółka jawna w L. zawarły aneks nr (...) do umowy o współpracy. W aneksie strony postanowiły o wykreśleniu z jej treści w § 1 ust 1 lit e/, mówiącego o tym, iż (...) zobowiązuje się do stosowania cen nie niższych, niż sugerowane przez sprzedającego. Zgodnie z treścią aneksu, postanowienia jego wchodzi w życie od dnia 01.01.2008r.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody zgromadzone w toku postępowania administracyjnego przez Prezesa UOKiK powołane wyżej. W ocenie Sądu zgromadzony w toku postępowania administracyjnego materiał dowodowy jest pełny, kompletny i nie budzi wątpliwości. Jednocześnie powód ani zainteresowany nie kwestionowali wartości dowodowej zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego dowodów.

Sąd oddalił natomiast wnioski dowodowe zainteresowanego z tej między innymi przyczyny, że dotknięte były prekluzją dowodową. W myśl przepisu art. 479<sup>(14)</sup>k.p.c. pozwany w odpowiedzi na pozew jest obowiązany podać wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynika później. W tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub powstała potrzeba ich powołania. Przepis tego artykułu należy, wobec braku wyłączeń w przepisach szczególnych dotyczących postępowania przez Sędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, stosować także do uczestnika, który niewątpliwie jest stroną postępowania sądowego, skoro był stroną postępowania antymonopolowego. Tymczasem (...)SA w P. zawnioskowane dowody zgłosiła nie w odpowiedzi na pozew, ale po upływie 14 dniowego terminu wyznaczonego dla dokonania tej czynności, który upływał 26 maja 2009r, lecz dopiero wskazała je w piśmie procesowym zatytułowanym interwencja uboczna złożonym 28 lipca 2009r.

Ponadto dowody te zdaniem Sądu były zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności dlatego, że zmierzały one między innymi do wykazania, że zmyślenia cenowej nie było, podczas gdy odwołujący się tej okoliczności nie kwestionował a uchylecia decyzji Prezesa UOKiK domagał się z powodu uchybień proceduralnych organu. Dodatkowo należy wskazać, że w szczególności sam zapis umowy o ustaleniu cen minimalnych nie był kwestionowany a więc ocena czy postanowienie §1 ust. 1 lit. e/ umowy zawartej pomiędzy powodem a uczestnikiem miało charakter zakazanego porozumienia nie należy do kategorii faktów, ale jest wynikiem swobodnej oceny dowodów (tu umowy stron).

### ***Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd zważył co następuje:***

W pierwszej kolejności należy wskazać, że pomimo sytuacji procesowej jaka zaistniała w wyniku uchylecia wyroku uzupełniającego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie i uprawomocnienia się wyroku z dnia 29 lipca 2010r zmieniającego decyzję w części dotyczącej kary poprzez jej obniżenie do kwoty 100.000 zł na skutek odrzucenia wniesionych od niego apelacji, Sąd Okręgowy rozpoznawał sprawę także w zakresie żądania głównego odwołania tj

uchylenia decyzji Prezesa UOKiK jak i żądania dotyczącego zmniejszenia kary, gdyż taki zakres rozpoznania sprawy został wskazany w zaleceniach Sądu Apelacyjnego zawartych w uzasadnieniu uchylonego wyroku uzupełniającego, którymi Sąd jest związany w myśl art. 386 § 6 kpc.

Odwołanie powoda w części, w jakiej nie zostało uwzględnione w wyroku Sądu z 29 lipca 2010 r. w sprawie XVII AmA 70/09 nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wyjaśnić, że zakres rozpoznania w niniejszej sprawie został wyznaczony przez odwołanie (...)sp. jawna w L.. W odwołaniu powód zaskarżył decyzję Prezesa UOKiK w całości wnosząc o jej uchylenie, jednakże zarzut swój oparł o naruszenie przez Prezesa UOKiK w toku postępowania administracyjnego przepisu art. 9 k.p.a., poprzez zaniechanie obowiązku informacyjnego w odniesieniu do treści art. 12 ust. 1 ustawy o okik. W ten sposób powód, będący profesjonalistą i korzystający z pomocy profesjonalnego pełnomocnika wyznaczył zakres rozpoznania sprawy przez tut. Sąd. Należy podkreślić, że jakkolwiek powód zaskarżył całą decyzję, to nie kwestionował ustalonego przez organ antymonopolowy faktu zawarcia pomiędzy nim a (...) S.A. umowy o współpracę z dnia 18 kwietnia 2006 r., oraz faktu, że §1 ust. 1 lit e/ tej umowy stanowi zakazane porozumienie, wskazane przez ustawodawcę w art. 6 ust. 1 pkt 1) ustawy okik, co oznacza, że przyznaje powyższe okoliczności i nie żąda ich weryfikacji w toku procesu przed tut. Sądem.

Wobec powyższego, w związku z brzmieniem art. 321 §1 k.p.c. Sąd nie musiał dokonywać rozstrzygnięć w powyższym zakresie. Natomiast w odniesieniu do zarzutów uczestnika postępowania (...) SA w P. należało uznać, że jego zarzuty podniesione w piśmie zatytułowanym interwencja uboczna zostały zgłoszone po upływie terminu określonego przepisem art. 479<sup>14</sup>kpc i jako sprekludowane także nie musiały być przedmiotem badania Sądu. Niemniej jednak Sąd dokonał analizy stanu faktycznego pod kątem postawionego powodowi zarzutu uczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu.

Konkurencja jest procesem rynkowym, który prowadzi do polepszania jakości towarów, zachowania cen na odpowiednim poziomie, usuwania z rynku podmiotów nieefektywnych, przyczyniając się do zapewnienia optymalnej alokacji dóbr w społeczeństwie. Beneficjentami prawidłowo funkcjonującego mechanizmu konkurencji są zarówno konsumenci jak i działający na rynku przedsiębiorcy. Z tych przyczyn ochrona konkurencji objęta jest troską ustawodawcy, która znajduje swój wyraz m.in. w regulacjach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Taka niedozwolona praktyka może w szczególności polegać na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów (art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Z tej racji, że cena towaru stanowi podstawowy aspekt konkurencji na rynku, ustawodawca wyraźnie wskazał na niedozwolony charakter porozumień dotyczących jej ustalania. Stanowi ona zasadniczy parametr przy wyborze oferty przez konsumenta, jak i między przedsiębiorcami w warunkach rywalizacji konkurencyjnej. Uzgadnianie cen na rynku powoduje, że odbiorcy towarów zmuszeni są ponosić wyższe koszty zakupów, a niepewność przedsiębiorców, co do warunków działania konkurentów zostaje częściowo wyeliminowana. W rezultacie, mechanizm konkurencji zostaje pozbawiony przymiotu efektywności, a stosunki między przedsiębiorcami zostają zafałszowane. Wagę naruszeń w tym zakresie podkreśla dodatkowo okoliczność, że ustawodawca nie zdecydował się na wyłączenie spod tego zakazu porozumień cenowych mniejszej wagi, tak jak zrobił to w odniesieniu do innych rodzajów porozumień w art. 7 ustawy.

Dla jasności należy wskazać, że w myśl art. 1 ust. 2 powołanej ustawy, praktyk ograniczających konkurencję mogą dopuścić się jedynie przedsiębiorcy lub ich związki. W niniejszej sprawie oba podmioty objęte decyzją Prezesa UOKiK, są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Tym samym, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów również uznaje te podmioty za przedsiębiorców na podstawie art. 4 pkt 1 ustawy.

Wstępnie należy także zdefiniować rynek właściwy w sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 8 pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości,

istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Odnosnie do pierwszej części definicji, Sąd ocenił, że rynkiem właściwym produktowo jest rynek sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia. Sąd podzielił stanowisko Prezesa UOKiK, że dalsza segmentacja tego rynku (np. ze względu na pojemność opakowań), chociaż możliwa jest zbędna z uwagi na brak wpływu udziałów na rynku właściwym na ocenę zachowania stron postępowania.

Odnosnie do drugiej części definicji, rynek właściwy geograficznie należało odnieść do obszaru całego kraju. Obszar tak zakreślony charakteryzuje się jednakowymi barierami dostępu do wyżej zdefiniowanego rynku produktowego. Brak jest również szczególnych właściwości tych produktów, preferencji konsumenckich, ani znaczących różnic cen i kosztów transportu, które przemawiałyby na rzecz zakreślenia rynku właściwego geograficznie węższej niż obszar kraju lub szerzej. Warto zauważyć, że Przedsiębiorstwo (...)spółka jawna w L. prowadzi działalność handlową obejmującą całą Polskę Podobnie, zaopatrywana przez niego sieć sklepów (...) również prowadzi działalność handlową na terenie całego kraju, a zatem bez względu na lokalne czy regionalne bariery geograficzne.

Warunkiem stwierdzenia naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 ustawy jest ustalenie istnienia porozumienia (1) o określonym celu lub skutku (2). Celem lub skutkiem niedozwolonego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

W rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, za porozumienia uznaje się (art. 4 pkt 5):

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W świetle ustalonego stanu faktycznego Przedsiębiorstwo (...)spółka jawna w L. zawarła umowę handlową z (...) SA w P., w której strony ustaliły, że (...) SA w P. nie może stosować cen niższych niż sugerowane przez sprzedającego. Oczywistym jest także w świetle ustaleń faktycznych, że (...) SA w P. ustaliła zarówno w 2006r. jak i w 2007r. ceny na takim właśnie umówionym poziomie czyli tak, że nie były one niższe niż ceny określone przez Przedsiębiorstwo (...)

W ocenie Sądu w powyższych okolicznościach doszło do zawarcia umowy dotyczącej cen minimalnych. Bez znaczenia były argumenty (...) SA w P., że nie miała wiedzy o istnieniu przedmiotowego zapisu w umowie, gdyż został on dodany przez drugą stronę umowy już po uzgodnieniu treści umowy, gdyż po pierwsze ze złożonego pod umowę podpisu należy wywieść logiczny wniosek, że treść umowy została zaakceptowana przez stronę, po wtóre do wzruszenia tak zawartej umowy mogłoby dojść jedynie w przypadku uznania, że czynność prawna dotknięta byłaby wadami oświadczenia woli. Z kolei do uchylenia się od skutków oświadczenia woli z powołaniem się na błąd jak zdaje się sugerowała (...) SA konieczne jest złożenie oświadczenia woli wobec kontrahenta i to w określonym w ustawie terminie, czego niewątpliwie strona nie uczyniła. Jednakże wobec tego, że odwołujący się nie kwestionował treści zawartego porozumienia a zarzuty Ż. w tej kwestii były spóźnione, to Sąd oparł się na językowej wykładni tego zapisu umowy, który jako jednoznaczny nie mógł być zinterpretowany inaczej niż jako zobowiązanie (...) S.A. do stosowania cen sprzedaży lodów w wysokości równej lub wyższej niż pułap określony przez Przedsiębiorstwo (...), czyli ustalenie ceny minimalnej. Określenie ceny minimalnej polega właśnie na wyznaczeniu dolnej granicy ceny, poniżej której przedsiębiorca nie może sprzedać danego towaru.

W tych okolicznościach należało więc uznać, że między stronami umowy o współpracy doszło do zawarcia porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Warunkiem uznania porozumienia za praktykę ograniczającą konkurencję jest, aby celem lub skutkiem porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Jako szczególną



formę porozumienia o charakterze antykonkurencyjnym ustawodawca wskazał bezpośrednio lub pośrednio ustalenie cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów (art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Zgodnie podkreśla się w literaturze przedmiotu, że porozumienia cenowe stanowią najpoważniejszą formę ograniczenia konkurencji (por. K. Kohutek (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, komentarz do art. 6, LEX 2008). Dochodzi w nich bowiem do eliminacji z gry konkurencyjnej ceny jako czynnika o zasadniczym znaczeniu dla odbiorców, jak i dla kształtowania strategii ekonomicznej przez konkurentów. Takie podejście potwierdza też wymienienie przez ustawodawcę porozumień cenowych na pierwszym miejscu w katalogu art. 6 ust. 1 ustawy oraz nie objęcie ich wyłączeniem spod zakazu porozumień mniejszej wagi z art. 7 ustawy.

Zasadniczym skutkiem bądź celem porozumień cenowych jest usztywnienie cen na określonym poziomie, co powoduje jednocześnie eliminację niepewności konkurentów co do tego aspektu konkurowania. Porozumienie, które zostało stwierdzone w niniejszym postępowaniu polegało na uzgodnieniu cen minimalnych. Ten rodzaj porozumienia powoduje, że ceny nie mogą kształtować się na poziomie niższym niż ustalony, a zatem dany towar na rynku właściwym jest sprzedawany drożej niż w warunkach niezakłóconej konkurencji. W ten sposób dochodzi do zaburzenia mechanizmu rynkowego. Zawarte porozumienie godzi w interesy zarówno odbiorców końcowych – poprzez wymuszenie zakupu produktów Przedsiębiorstwa (...) po podwyższonych cenach, które z reguły w wyniku nieograniczonej konkurencji cenowej mają tendencję do obniżania, jak również porozumienie to w wyniku ograniczenia konkurencji cenowej prowadzi do naruszenia efektywności gospodarki. Dalszą konsekwencją zawartego porozumienia jest odejście od racjonalnych zasad gospodarowania dyktowanych przez warunki rynkowe na rzecz zasad sztucznych wynikających z porozumienia, gdyż porozumienie uniemożliwia de facto dystrybutorowi lodów marki (...) reagowanie na impulsy rynkowe,.

Warto wspomnieć, że porozumienie cenowe nie traci zakazanego charakteru przez to, że niedotrzymanie zobowiązania o cenach nie wiąże się z żadnymi negatywnymi konsekwencjami dla przedsiębiorcy, ani nawet przez to, że uzgodnione ceny nie są stosowane w praktyce. Istota ochrony konkurencji przed niedozwolonymi porozumieniami polega bowiem na tym, że zakazane są porozumienia o samym antykonkurencyjnym celu, niezależnie od osiągniętego przez nie skutku. Obie formy oddziaływania na konkurencję stanowią przejaw praktyk ją ograniczających i na równi są przedmiotem zakazu. Ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny pozwolił Sądowi natomiast na jasne zidentyfikowanie celu zawartego porozumienia jako antykonkurencyjnego, skoro niewątpliwie jego skutkiem była rezygnacja z samodzielnego ustalania cen, co niewątpliwie osłabiało suwerenność rynkową uczestników rynku. Poziom cen rynkowych lodów (...) sprzedawanych w sieci (...) nie wynikał z działania rynkowych reguł ale z konieczności stosowania cen minimalnych.

Zdaniem Sądu bez znaczenia była kwestia podnoszona przez uczestnika porozumienia (...) S.A., że charakter sklepów typu „convenience” warunkował poziom cen lodów sprzedawanych w tej sieci, gdyż nawet w przypadku tego typu sieci obowiązują reguły rynkowe, które wymuszają zmianę polityki cenowej. Gdyby dla tej strony ustalony poziom cen minimalnych był bez znaczenia przy ustalaniu cen detalicznych lodów, co jest generalnie sprzeczne z powszechnymi zasadami wolnej konkurencji, to zapewne trudno byłoby o taką zbieżność cenową cen detalicznych z minimalnymi jaka wystąpiła w dwóch sezonach w odniesieniu do kilku towarów z asortymenty dostarczanego przez (...). Powszechnie znanym jest bowiem fakt, że sieci sklepów i to nie tylko wielkopowierzchniowych powszechnie stosują zabieg sprzedaży wybranych poszczególnych produktów w stosunkowo niskich i atrakcyjnych cenach w tym celu aby zwrócić uwagę konsumentów na atrakcyjność oferty danej sieci. Tym samym nawet jeśli przyjąć, że generalnie ceny sieci (...) odbiegają od cen rynkowych w górę, to niewątpliwie w odniesieniu do niektórych produktów z oferty lodów ceny te zbliżyły się do poziomu rynkowego o czym świadczy stosowanie w odniesieniu do nich ustalonych cen minimalnych. Zatem oddziaływanie zawartego porozumienia niewątpliwie miało także wpływ na politykę cenową sieci w odniesieniu do lodów (...), gdyż gdyby nie ustalony pułap to nie byłoby przeszkód, aby ceny wybranych lodów (tak jak to miało miejsce w stanie faktycznym niniejszej sprawy) były na jeszcze niższym poziomie.

Mając powyższe na uwadze Sąd ocenił, że całokształtu tych okoliczności nie można ocenić inaczej niż jako wymierzonych w ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.

Z powyższych przyczyn należało ocenić, że na krajowym rynku hurtowej sprzedaży lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, którego celem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, a polegającego na ustalaniu cen sprzedaży towarów, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Stwierdzone w niniejszym postępowaniu niedozwolone oddziaływanie na mechanizm konkurencji na rynku właściwym nie znalazło w ocenie Sądu żadnego usprawiedliwienia. Ponieważ ochrona konkurencji jest celem nadrzędnym ustawy, należało zatem uznać istnienie celu publicznego w podejmowanych środkach ochrony konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu powoda naruszenia przez Prezesa UOKiK art. 9 k.p.a. w zw. z art. 83 i art. 12 ust. 1 ustawy okik przez brak pouczenia go w toku postępowania administracyjnego o dopuszczalności złożenia wniosku, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy okik należy stwierdzić, że ewentualne naruszenie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego w toku postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania przed Sądem i nie stanowi zasadniczo samoistnej podstawy uchylecia decyzji w tym postępowaniu. Wniesienie odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna bowiem postępowanie sądowe, w którym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpoznaje sprawę od nowa, w zakresie zarzucanej praktyki. Dlatego wniosek powoda o uchylenie w całości zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK oparty o naruszenie przez Prezesa w toku postępowania administracyjnego przepisów k.p.a. nie może być w toku niniejszego postępowania uwzględniony. Jednocześnie Sąd pragnie zauważyć, że nawet w przypadku zasadności zarzutu naruszenia art. 9 k.p.a. przez organ antymonopolowy w toku postępowania administracyjnego, naruszenie to w rozpatrywanym przypadku nie ma wpływu na prawidłowość dokonanych w toku tego postępowania ustaleń faktycznych. Art. 12 ustawy okik ma zastosowanie w toku postępowania antymonopolowego prowadzonego wobec przedsiębiorcy, któremu jest zarzucane naruszenie reguł konkurencji. Artykuł ten - stwarzając podstawy prawne do podjęcia określonej formy "dialogu" (współpracy) między przedsiębiorcą a Prezesem UOKiK - pozwala na doprowadzenie do stanu zgodności z prawem zachowań tego przedsiębiorcy - a więc wiąże się z faktem przynajmniej uprawdopodobnienia niezgodności z prawem jego zachowań (vide K. Kohutek, Komentarz do art. 12 ustawy okik). Zdaniem Sądu w stanie faktycznym niniejszej sprawy Prezes UOKiK był władny nie zastosować przywileju o jakim mowa w art. 12 ustawy okik. Przy czym zdaniem Sądu bez znaczenia dla stosowania tej instytucji jest fakt zaprzeczania przez uczestnika porozumienia zawarcia takiego porozumienia, gdyż przepis wyraźnie wymaga, aby istniało jedynie uprawdopodobnienie istnienia porozumienia, co wobec dysponowania przez Prezesa UOKiK umową nie powinno budzić wątpliwości. Niemniej jednak jest to instytucja stosowana nie tylko na wniosek strony a Prezes nie jest zobligowany do bezwzględnego jej zastosowania nawet w sytuacji złożenia takiego wniosku przez przedsiębiorcę. Przepis stanowi, bowiem, że Prezes może wydać decyzję, co oznacza, że jej wydanie jest zależne od uznania Prezesa UOKiK i uzależnione jest od okoliczności danej sprawy. W sytuacji gdy Prezes takiej decyzji nie podjął należy przyjąć, że nie zachodziły okoliczności uzasadniające jej wydanie. Przyjmuje się w literaturze, że ów instrument "ugody" z organem antymonopolowym ma na celu zwiększeniu skuteczności organu antymonopolowego i przyśpieszeniu zakończenia postępowania dzięki obniżeniu standardu dowodowego (uprawdopodobnienie). Wydaje się, że w sprawie niniejszej nie było takiej konieczności, skoro z posiadanego przez Prezesa dowodu w postaci umowy stron jasno wynikało zawarcie niedozwolonego porozumienia.

W tym stanie rzeczy, Sąd uznał, że skoro nie istniał po stronie Prezesa UOKiK obowiązek zastosowania procedury z art. 12 ustawy okik, to bez znaczenia był zarzut braku pouczenia powoda o istnieniu takiego przepisu. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tej kwestii był fakt, że powód jest przedsiębiorcą, który jako profesjonalista w obrocie gospodarczym spełniać musi wyższe standardy staranności w tym także staranności o własne sprawy. Należy w tym miejscu odwołać się chociażby do przepisu kodeksu cywilnego, który w art. 355 wyraźnie odwołuje przy określeniu należytej staranności do zawodowego charakteru działalności, który należy uwzględnić w ocenie zachowań przedsiębiorcy. Podobnie procedura cywilna stawia wyższe standardy wymagań w stosunku do profesjonalistów działających w obrocie gospodarczym. Również regulacje dotyczące instrumentów finansowych w odmienny sposób regulują obowiązki informacyjne wobec profesjonalistów. W tym duchu należy także interpretować obowiązki nałożone na organy

administracji jak też sądy odwołujące się do dbania o interesy strony. Dlatego zdaniem Sądu w opisanym stanie faktycznym, nie można zarzucić Prezesowi UOKiK, że nie udzielił niezbędnych wyjaśnień i wskazówek.

Odnosząc się do zarzutów skierowanych przeciwko zawartemu w decyzji rozstrzygnięciu o nałożeniu na powoda kary pieniężnej, to Sąd uznał, te zarzuty za częściowo uzasadnione. Powód zarzucił Prezesowi UOKiK nieuwzględnienie przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej okoliczności w postaci braku uprzedniego naruszenia przez (...) przepisów ustawy o okik oraz zarzucił niezasadne uwzględnienie przy ustalaniu wysokości kary okoliczności w postaci umyślności naruszenia przepisów ustawy okik oraz faktycznego stosowania zawartego porozumienia, w zakresie szerszym niż można to przyjąć na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Stosownie do treści art. 106 ust. 1 pkt. 1 ustawy okik Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m. in. w art. 6 w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy o okik. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeśli tak, to w jakiej wysokości kara spełni funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 ustawy o okik, Prezes UOKiK powinien z urzędu wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć.

Podstawowym zarzutem wobec rozstrzygnięcia o karze był ten, który zarzucał Prezesowi UOKiK przypisanie powodowi umyślnego naruszenia zakazu niedozwolonych porozumień

W kwestii tej należy przytoczyć, że Sądem Najwyższym, że odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinonego charakteru przedmiotowego naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów (SN w wyrokach z 25 kwietnia 2007 r., sygn. akt III SK 1/07, niepublikowane oraz 4 listopada 2010 r., sygn. akt III SK 21/10, niepublikowane). Rozważania w przedmiocie winy przedsiębiorcy są zatem zbędne z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów prawa materialnego. Element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określane w doktrynie i orzecznictwie mianem "winy" jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary. Oceniając stopień zawinienia (...) sp. jawna w L. w niniejszej sprawie Sąd doszedł do przekonania, że nie jest możliwe przypisanie powodowi winy umyślnej ani z zamiarem bezpośrednim ani nawet ewentualnym. Konieczną bowiem okolicznością gdy strona chce lub świadomie się godzi na określone zachowanie musi być istnienie po jej stronie złej woli. Nie można za wystarczający dla przypisania zamiaru bezpośredniego lub pośredniego i złej woli uznać faktu prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż nawet przy zamiarze ewentualnym musi istnieć świadomość, że działania mogą być nieprawidłowe i godzenie się na to. Wobec nie wykazania przez Prezesa UOKiK zamiaru naruszenia przepisów ustawy przez powoda niemożliwe było przypisanie mu winy umyślnej. Powoływanie się przez Prezesa UOKiK na odpowiednie doświadczenie przedsiębiorcy, któremu przypisuje się winę może jedynie być przyczynkiem do rozważenia stopnia winy nieumyślnej w postaci rażącego niedbalstwa. Owe odpowiednie doświadczenie związane z długotrwałym istnieniem na rynku umożliwia z całą pewnością łatwiejsze rozpoznanie, czy zachowanie stanowi naruszenie prawa konkurencji, jednak jeśli mimo takiego doświadczenia strona naruszenia nie widzi to należy jej przypisać winę nieumyślną w postaci rażącego niedbalstwa.

Zmiana kwalifikacji zachowania powoda i ustalenie czynnika subiektywnego w postaci winy nieumyślnej wpłynąć musiało na obniżenie wymiaru kary ustalonej przez Prezesa UOKiK. Jednak okoliczność ta nie mogła mieć zasadniczego wpływu na wymiar kary i odstąpienia od jej wymierzania bądź radykalnego obniżenia, gdyż powód jako uczestnik obrotu o znacznej pozycji na rynku ma możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy

podejmowaniu decyzji dotyczących strategii cenowej. Nie bez znaczenia w kontekście wysokości kary pozostawał także fakt, że powód dotychczas nigdy nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i która to okoliczność powinna być wzięta pod uwagę jako łagodząca przy wymierzaniu kary..

Podzielając w pozostałym zakresie argumenty Prezesa UOKiK, które należało wziąć pod uwagę przy wymiarze kary i które w sposób istotny obciążały powoda Sąd doszedł do przekonania, że kara w wysokości 100.000 zł spełni swoją rolę zarówno prewencyjną, represyjną jak i wychowawczą. Zdaniem Sądu kara w tej wysokości jest współmierna do stopnia naruszenia przez powoda zasad uczciwej konkurencji oraz czasokresu trwania naruszenia.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że żądanie ewentualne powoda dotyczące obniżenia kary zostało częściowo uwzględnione przez tutejszy Sąd, w wyroku z 29 lipca 2010 r., w którym Sąd zmienił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK, zmniejszając nałożoną na powoda karę pieniężną z 269 598 zł do 100 000 zł. Powyższy wyrok jest prawomocny, wobec czego Sąd obecnie rozpatrując dalej idące żądanie powoda w zakresie zmiany decyzji poprzez dalsze obniżenie kary pieniężnej z poziomu 100 000 zł do poziomu 50 000 zł, uznając to żądanie za nieuzasadnione i oddalając je odniósł się do wcześniejszego orzeczenia jedynie w celu maksymalnej jasności rozstrzygnięcia.

Mając powyższe na uwadze wobec braku podstaw do uchylenia decyzji jak i jej dalszej zmiany w części dotyczącej wysokości kary, Sąd w oparciu o przepis art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c., obciążając nimi w całości powoda stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Do kosztów tych zaliczono koszty zastępstwa procesowego w wysokości 360 zł za prowadzenie sprawy przez pełnomocnika pozwanego w pierwszej instancji oraz w kwocie 240 zł za prowadzenie sprawy w II instancji.