

**Sygn. akt XVII AmA 14/20**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 listopada 2020 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SO Bogdan Gierzyński

Protokolant – Sekretarz sądowy Wioleta Banaszek

po rozpoznaniu w dniu 9 listopada 2020 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania „ (...)” **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję**

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 31 grudnia 2013 r., Nr DOK - (...)

1. oddała odwołanie;

2. zasądza od „ (...)” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1570 zł (tysiąc pięćset siedemdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego za wszystkie instancje.

Sędzia SO Bogdan Gierzyński

**XVII AmA 14/20**

## UZASADNIENIE

W dniu 31 grudnia 2013 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję nr (...), w której:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie na krajowym rynku hurtowej sprzedaży zegarków przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. z przedsiębiorcami prowadzącymi detaliczną dystrybucję zegarków, porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku detalicznej sprzedaży zegarków, polegającego na ustaleniu minimalnych cen sprzedaży zegarków oferowanych za pośrednictwem tradycyjnych i internetowych kanałów sprzedaży, stosowanych przez przedsiębiorców prowadzących dystrybucję detaliczną zegarków, i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 kwietnia 2013 roku;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy, nałożył na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., karę pieniężną 331 819,48 zł, płatną do budżetu państwa;

III. na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263§1 i art. 264§1 k.p.a. obciążył (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kosztami postępowania antymonopolowego w kwocie 109,84 zł i zobowiązał do ich uiszczenia na rzecz Prezesa UOKiK w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Odwołaniu od powyższej decyzji złożył przedsiębiorca - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. zaskarżając decyzję w całości.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 1, 6 ust. 1, 10, 11, 88 ust. 1 Ustawy, 6, 8 k.p.a. oraz art. 2, 7 i 32 ust. 1 Konstytucji RP, poprzez nieobjęcie zakresem postępowania antymonopolowego i zaskarżoną decyzją w przedmiocie zawarcia porozumienia dystrybutorów Powoda, którzy rzekomo uczestniczyli w zakwestionowanej przez Prezesa Urzędu praktyce i ukaranie za naruszenie Ustawy jedynie powoda;
2. poczynienie błędnych ustaleń faktycznych, polegające na błędnym ustaleniu momentu, w którym doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy powodem a konkretnymi (wszystkimi) jego dystrybutorami detalicznymi, co spowodowało błędne uznanie, iż w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z porozumieniem antykonkurencyjnym lub błędnym ustaleniem zakresu rzekomego porozumienia;
3. naruszenie art. 6 ust. 1 u.o.k.k. poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie doszło do zawarcia opisanego w zaskarżonej Decyzji niedozwolonego porozumienia, pomimo braku wypełnienia znamion przypisanej praktyki, a w szczególności braku istnienia porozumienia pomiędzy niektórymi dystrybutorami a powodem w zarzucanym okresie oraz braku porozumienia w zakresie asortymentu oferowanego przez powoda;
4. naruszenie art. 4 pkt 9 u.o.k.k. skutkujące przyjęciem błędnej definicji właściwego rynku produktowego, poprzez stwierdzenie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia na poziomie hurtowym z rynkiem krajowym – podczas, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób jednoznaczny wynika, iż szereg działających na poziomie detalicznym sprzedawców zegarków zaopatruje się w zegarki od dostawców poza Polski tj. z innych krajów UE oraz Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej;
5. naruszenie art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności polegającego na wykorzystaniu jako dowodów obciążających powoda materiałów przekazanych we wniosku o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej złożonym przez powoda oraz pismach uzupełniających Wniosek;
6. naruszenie art. 109 Ustawy poprzez nieuwzględnienie Wniosku pomimo, że wypełniał on przesłanki określone w niniejszym przepisie;
7. naruszenie art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 106 ust. 1 u.o.k.k. poprzez nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary.

Rozpoznając sprawę ponownie Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Dokonana przez Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 15 lutego 2019 r. (sygn. I NSK 10/18) wykładnia jest w niniejszej sprawie wiążąca (art.398 k.p.c.).

Zgodnie z dokonaną w tym wyroku wykładnią, interes publiczny określony w art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przemawia za przyjętym kierunkiem wykładni, ponieważ uzasadnia ochronę rynku przez eliminowanie zachowań ograniczających konkurencję, do czego wystarczającym jest ich zaniechanie przez organizatora porozumienia.

Zdaniem Sądu Najwyższego, w niniejszej sprawie jednoznacznie wykazano i udowodniono kto jest organizatorem porozumienia ograniczającego konkurencję, że jego zachowania są niezgodne z prawem, a nawet, że są one zawinione, a wina ta może być przypisana powodowej spółce. O zawinionym działaniu powodowej spółki świadczy udowodniona

świadomość członka zarządu oraz pracowników spółki o sprzeczności jej działań z normami mających genezę w prawie UE oraz komunikowanie się z kontrahentami w sposób utrudniający udowodnienie czynności niezgodnych z prawem. Nie ma też wątpliwości, że spółka mogła korzystać ze wszystkich uprawnień strony postępowania, a liczba lub jakość tych uprawnień nie uległaby zwiększeniu w przypadku uznania, że regulator ma obowiązek ustalenia wszelkich uczestników postępowania. Na marginesie można odnotować, że wymóg ustalania wszelkich uczestników porozumienia w praktyce znacznie ograniczałby skuteczność działania organów antynomopolowych.

O naruszeniu prawa do obrony organizatora porozumienia ograniczającego konkurencję nie może być mowy także z tego powodu, że odpowiedzialność organizatora porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest odpowiedzialnością karną. Odmienne stanowisko podważałoby cel i effet utile prawa konkurencji. Przyjęta wykładnia znajduje potwierdzenie w utrwalonej praktyce Prezesa Urzędu, której spójność gwarantuje pewność prawa będącą wartością konstytucyjną, ale także dlatego, że koresponduje z praktyką innych regulatorów, w tym Komisji Europejskiej.

Za nadmierne Sąd Najwyższy uznał wymaganie szczegółowego badania przez Prezesa Urzędu rynku właściwego, na którym zawarto niedozwolone porozumienie oraz czy porozumienie to miało wpływ na handel między państwami członkowskimi w sytuacji, gdy Prezes Urzędu prawidłowo ustalił, że porozumienie polegające na ustalaniu i egzekwowaniu minimalnych cen odsprzedaży miało cel jednoznacznie antykonkurencyjny. Prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego ma wprawdzie znaczenie dla poprawnego zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (wyroki Sądu Najwyższego: z 14 września 2006 r., III SK 13/06; z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09; z 23 listopada 2011 r., III SK 21/11), ale z uwagi na wyłączenie możliwości zastosowania art. 7 u.o.k.k. wymóg szczegółowych ustaleń w tym względzie byłby nadmierny.

Zgodnie z dokonaną wykładnią Sądu Najwyższego z art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., wynika, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

(1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Według art. 7 ust. 1 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., nie stosuje się do porozumień zawieranych między: (1) konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5% (porozumienia horyzontalne);

(2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10% (porozumienia wertykalne). Jednakże art. 7 ust. 2 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) przewiduje, że przepisów ust. 1 nie stosuje się do przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 u.o.k.k., a więc m.in. porozumień polegających na ustalaniu cen. Oznacza to, że do przedmiotowego porozumienia nie można zastosować reguły de minimis.

Sąd Najwyższy podzielił pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 listopada 2011 r. (III SK 21/11), że kontekst ekonomiczny porozumień ustalających minimalne lub sztywne ceny odsprzedaży nie zwalnia z konieczności respektowania ustalonych przez ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny porozumień tego rodzaju. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów akcentują bowiem pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz interesy konsumentów.

W przypadku porozumień wertykalnych producent i dystrybutorzy nie są wprawdzie konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 10 u.o.k.k., albowiem działają na różnych szczeblach obrotu, ale antykonkurencyjny charakter tych porozumienia wynika stąd, że ograniczają wolność przedsiębiorców zajmujących się dystrybucją (hurtową lub detaliczną) w zakresie kształtowania własnej polityki cenowej.

Ustalenie minimalnej ceny odsprzedaży z zasady powoduje, że cena sprzedaży detalicznej zostaje ukształtowana na innym, z reguły wyższym, poziomie niż w braku takiego ograniczenia, kiedy to jej poziom kształtowany byłby

przez sprzedawcę w sposób odpowiadający jego planom i oczekiwaniom gospodarczym, intensywności popytu oraz rozwojowi konkurencji ze strony innych sprzedawców. Obok minimalnych cen odsprzedaży, sztywne ceny odsprzedaży to jedyne wertykalne ograniczenie w porozumieniach dystrybucyjnych, które nie pozwala odsprzedawcy na zwiększenie wolumenu sprzedaży w drodze obniżenia ceny. Porozumienie o takiej treści uniemożliwia sprzedawcom konkurowanie ceną z innymi członkami sieci. Porozumienia ustalające sztywne ceny odsprzedaży mogą zaburzać efektywność alokacyjną. Ułatwiają zawarcie i wykonywanie zmywy kartelowej między producentami (dostawcami) towarów. Mogą również negatywnie oddziaływać na poziom efektywności produkcyjnej. W braku konkurencji cenowej między sprzedawcami producent (dostawca) będzie poddany mniejszej presji sprzedawców na obniżenie ceny hurtowej celem zwiększenia marży detalicznej, co z kolei zmniejsza bodźce do redukcji kosztów. Powyższe okoliczności powodują, że porozumienia ustalające sztywne ceny sprzedaży budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji in abstracto, co uzasadnia przyjęcie, że porozumienia tego rodzaju należą do tej kategorii grupowych praktyk ograniczających konkurencję, której celem jest ograniczenie konkurencji.

W świetle powyższej wiążącej wykładni bezzasadne są zarzuty naruszenie art. 1, 6 ust. 1, 10, 11, 88 ust. 1 ustawy o okik, 6, 8 k.p.a. oraz art. 2, 7 i 32 ust. 1 Konstytucji RP, poprzez nieobjęcie zakresem postępowania antymonopolowego i zaskarżoną decyzją w przedmiocie zawarcia porozumienia dystrybutorów Powoda, którzy rzekomo uczestniczyli w zakwestionowanej przez Prezesa Urzędu praktyce i ukaranie za naruszenie Ustawy jedynie powoda, poczynienia błędnych ustaleń faktycznych, polegające na błędnym ustaleniu momentu, w którym doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy powodem a konkretnymi (wszystkimi) jego dystrybutorami detalicznymi, co spowodowało błędne uznanie, iż w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z porozumieniem antykonkurencyjnym lub błędnym ustaleniem zakresu rzekomego porozumienia oraz naruszenie art. 6 ust. 1 u.o.k.k. poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie doszło do zawarcia opisanego w zaskarżonej Decyzji niedozwolonego porozumienia, pomimo braku wypełnienia znamion przypisanej praktyki, a w szczególności braku istnienia porozumienia pomiędzy niektórymi dystrybutorami a powodem w zarzucanym okresie oraz braku porozumienia w zakresie asortymentu oferowanego przez powoda.

Zgodnie z art. 5 pkt 5 ustawy o okik za porozumienie uważa się zarówno umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, jaki i uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki. W świetle zaś art. 6 ustawy wystarczający jest sam antykonkurencyjny cel takiego porozumienia, a zatem nie jest konieczne osiągnięcie skutku.

Powód nie kwestionuje ustaleń dokonanych w zaskarżonej decyzji, że na początku 2010 r. informował swoich kontrahentów prowadzących sprzedaż zegarków przez Internet (K. G. prowadzący działalność pod nazwą Handel-Usługi (...) z siedzibą w G., (...) S.A. z siedzibą w D., M. G. prowadzący działalność pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) z siedzibą w P., C. D. prowadząca działalność pod nazwą Firma (...) z siedzibą w R., D. S. prowadzący działalność pod nazwą (...) z siedzibą w W.) o konieczności stosowania maksymalnego rabatu na zegarki marki C. w wysokości 5% od detalicznej ceny sugerowanej pod groźbą sankcji w postaci wstrzymania dostaw towaru. Rabat na pozostałe marki został w listopadzie tego roku określony w wysokości do 15%.

Powód nie kwestionuje również, że podejmował działania w celu wyegzekwowania ustalonych przez siebie zasad udzielania rabatów. Działanie te, choćby nie wywarły zamierzonego skutku naruszały zakaz zawarty art. 6 ust. 1 ustawy o okik. Jak wyżej wskazano ustalenie pełnej listy podmiotów wobec których działanie takie podjęto, jak również skuteczność tych działań nie ma z przedstawionych wyżej względów znaczenia.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenie art. 4 pkt 9 ustawy o okik skutkujące przyjęciem błędnej definicji właściwego rynku produktowego, poprzez stwierdzenie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia na poziomie hurtowym z rynkiem krajowym – podczas, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób jednoznaczny wynika, iż szereg działających na poziomie detalicznym sprzedawców zegarków zaopatruje się w zegarki od dostawców poza Polski tj. z innych krajów UE oraz Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w przytoczonym wyżej wyroku, prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego ma wprawdzie znaczenie dla poprawnego zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (wyroki Sądu Najwyższego:

z 14 września 2006 r., III SK 13/06; z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09; z 23 listopada 2011 r., III SK 21/11), ale trafnie podnosi Prezes Urzędu, że z uwagi na wyłączenie a analizowanej sprawie możliwości zastosowania art. 7 u.o.k.k. wymóg szczegółowych ustaleń w tym względzie byłby nadmierny.

Za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenie art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności polegające na wykorzystaniu jako dowodów obciążających powoda materiałów przekazanych we wniosku o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej złożonym przez powoda oraz pismach uzupełniających wniosek.

Jak wskazał sam powód rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie ani ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawierały zakazu wykorzystania jako dowodów obciążających powoda materiałów przekazanych we wniosku o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej złożonym przez powoda oraz pismach uzupełniających wniosek. Zakaz taki nie wynika również art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Możliwość złożenia wniosku o odstąpienie od nałożenia kary, przewidziana obowiązującym w dacie wydania decyzji art. 109 ustawy o okik stanowi instytucje w pełni dobrowolną z której strona może korzystać według własnego uznania.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego na rozprawie w dniu 9 listopada 2020 r. odnośnie niedopuszczalności zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego zważyć należało, że jest on spóźniony, gdyż nie został on podniesiony w odwołaniu i nie zostało wykazane, że istniała przeszkoda uniemożliwiająca podniesienie go w tym czasie.

Niezależnie od powyższego zważyć należało, że postanowienie o wszczęciu postępowania składa się z postanowienia wyznaczającego przedmiot postępowania jakim jest opis zachowania przedsiębiorcy, które będzie weryfikowane w toku tego postępowania, oraz postanowienia o przedstawieniu zarzutów, które identyfikuje jakie normy i w jaki sposób przedsiębiorca narusza zdaniem Prezesa Urzędu. Ponieważ zgodnie z art. 74 uokik w decyzji kończącej postępowanie w sprawie Prezes Urzędu może uwzględnić tylko takie zarzuty, do których strona mogła się odnieść w toku postępowania, oznacza to, że dopuszczalne jest modyfikowanie postanowienia o wszczęciu postępowania w zakresie w jakim zawiera postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Jak już wskazano w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego, modyfikacje tego rodzaju dotyczą podstawy prawnej bezprawności zachowania przedsiębiorcy (wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2017 r., III SK 40/16, niepublikowany). Analogicznie należy traktować zmianę definicji rynku właściwego w toku postępowania antymonopolowego (wyrok Sądu Najwyższego z 25 października 2017 r., III SK 38/16). Skoro zgodnie z art. 74 uokik Prezes Urzędu, wydając decyzję kończąca postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować, to w toku postępowania w przedmiocie kwalifikacji jako praktyki ograniczającej konkurencję zachowania skonkretyzowanego w postanowieniu o wszczęciu postępowaniu, można stawiać nowe zarzuty, polegające na tym, że zachowanie to stanowi praktykę ograniczającą konkurencję na innym rynku właściwym niż pierwotnie wskazany. Natomiast w decyzji kończącej postępowania Prezes Urzędu powinien rozstrzygnąć całościowo o przedmiocie postępowania wskazanym w postanowieniu o wszczęciu postępowania i stawianych w jego toku zarzutach (vide Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2018 r. III SK 8/17).

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 109 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nieuwzględnienie wniosku o odstąpienie od nałożenia kary. Zgodnie z obowiązującym w czasie wydania decyzji art. 109 ust. 1 i 2 w/w ustawy, Prezes Urzędu, z zastrzeżeniem ust. 4, odstępuje od nałożenia kary, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2, na przedsiębiorcę biorącego udział w porozumieniu, o którym mowa w art. 6 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. 10 lub 11

- jeżeli Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie informacji i dowodów wystarczających do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub wydania decyzji, o której mowa w art. 10 lub 11;

2) współpracuje z Prezesem Urzędu w toku postępowania w pełnym zakresie, dostarczając niezwłocznie wszelkich dowodów, 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.

Jeżeli przedsiębiorca uczestniczący w porozumieniu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 lub art. 81 Traktatu WE, nie spełnia warunków, o których mowa w ust. 1, Prezes Urzędu obniża karę, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2, nakładaną na tego przedsiębiorcę, jeżeli spełnia on łącznie następujące warunki:

1) przedstawi Prezesowi Urzędu, z własnej inicjatywy, dowód, który w istotny sposób przyczynił się do wydania decyzji, o której mowa w art. 10 lub 11;

2) zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu nie później niż w momencie przedstawienia dowodu, o którym mowa w pkt 1. Wbrew twierdzeniom powoda pomimo, że wypełniał on przesłanki określone w niniejszym przepisie.

Ponieważ powód był inicjatorem zawarcia porozumienia i nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu, brak było przesłanek do odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, gdyż nie została spełniona przesłanka określona w art. 109 ust. Pkt 4 ustawy okik.

Powód nie wskazał też, który z dowodów przedstawił Prezesowi Urzędu, z własnej inicjatywy, a który w istotny sposób przyczynił się do wydania decyzji, o której mowa w art. 10 lub 11. Przepis art. 109 ust. 2 pkt 1 ustawy okik, wskazując, że musi to być dowód który w istotny sposób przyczynił się do wydania decyzji, jednoznacznie wskazuje, że chodzi o dowód, którego Prezes UOKiK wcześniej nie posiadał, a który miał znaczenie istotne dla wydania decyzji. Skoro zatem powód nie kwestionuje faktu posiadania przez Prezesa UOKiK dowodów, które następnie sam złożył, to brak jest podstaw do przypisywania tym dowodom waloru „istotnie przyczyniającego się do wydania decyzji”.

Zważyć ponadto należało, że zgodnie z art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 ustawy okik wymiar kary należy do sfery uznania administracyjnego. Przekonanie strony, co do błędnej oceny przesłanek wymiaru kary nie jest dostateczną przesłanką do skutecznego zakwestionowania jej wymiaru. Taka sytuacja może mieć miejsce jedynie w przypadku wykazania przekroczenia granic uznania administracyjnego, czego w niniejszej sprawie powód nie uczynił.

Z tych względów odwołanie należało oddalić jako bezzasadne (art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądzając na rzecz pozwanego koszty zastępstwa procesowego za wszystkie instancje (art. 98 k.p.c.)