

*Sygn. akt VI ACa 160/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 5 listopada 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ksenia Sobolewska – Filcek*

*Sędzia SA – Urszula Wiercińska (spr.)*

*Sędzia SO del. – Jolanta Pyźlak*

*Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) spółki z o.o. w Z.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 6 grudnia 2012 r.*

*sygn. akt XVII AmA 43/11*

*I oddala apelację;*

*II zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu apelacyjnym.*

*Sygn. akt VI ACa 160/13*

## UZASADNIENIE

W dniu 1 grudnia 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję nr (...), w której nałożył na (...) spółkę z o.o. w Z. karę pieniężną w wysokości 65 000 zł z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK koncentracji, polegającej na przejęciu przez Spółkę kontroli nad (...) spółką z o.o. w L..

Odwołanie wniosła (...) spółka z o.o. zaskarżając decyzję w całości, zarzucając: naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez nałożenie kary pieniężnej, pomimo, że istniały przesłanki do odstąpienia od jej wymierzenia; art. 106 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez nałożenie kary pieniężnej w wysokości: niewspółmiernej do stopnia zawinienia, naruszenia interesu publicznego i nieuwzględnienia okoliczności sprawy. Powódka wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji, przez uchylenie nałożonej kary pieniężnej albo jej znaczące obniżenie.

Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wyrokiem z dnia 6 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że obniżył nałożoną na (...) spółkę z o.o. w Z. karę do kwoty 5.000 zł, w pozostałym zakresie oddalił odwołanie oraz zniósł wzajemnie między stronami koszty procesu.

Powyższy wyrok został oparty o następujące ustalenia faktyczne i rozważania.

Powódka (...) jest spółką z o.o., której przedmiotem działalności jest hurtowa i detaliczna sprzedaż sprzętu AGD i RTV. Posiada jedną spółkę zależną, tj. (...), która także prowadzi działalność w zakresie hurtowej i detalicznej sprzedaży sprzętu AGD i RTV. Obrót (...) zrealizowany w 2009 r. wyniósł 495.684.000 zł, natomiast w roku 2007, tj. w roku poprzedzającym rok, w którym powinno zostać dokonane zgłoszenie zamiaru koncentracji – 259.853.000 zł, tj. 72.544.000 euro. Obrót (...) zrealizowany w 2009 r. wyniósł 33.529.000 zł, natomiast w roku 2007 – 110.860.000 zł, tj. 30.949.000 euro.

W okresie przed dokonaniem koncentracji z (...) spółką z o.o., (...) spółka z o.o. działalność handlową prowadziła głównie na terenie (...), w promieniu ok. 100 km od siedziby przedsiębiorcy, tj. Z.. Działalność miała głównie charakter handlu hurtowego z 24 sklepami detalicznymi. (...) spółka z o.o. prowadziła wówczas działalność na terenie województw: (...), (...) i (...). Charakter działalności Spółki polegał przede wszystkim na prowadzeniu sprzedaży detalicznej urządzeń RTV i AGD (32 sklepy). Potencjał obu przedsiębiorców na krajowym rynku hurtowej sprzedaży artykułów AGD i RTV, który był jedynym wspólnym rynkiem obu spółek łącznie stanowił 2,5%, w tym udział w tym rynku (...) spółki z o.o. był szacowany na 1,9 %, zaś udział (...) spółki z o.o. przedstawiał nie więcej niż 0,6% całego rynku RTV i AGD w okresie dokonanej koncentracji.

W dniu 8 października 2008 r. (...) spółka z o.o. oraz A. K., R. O., Z. O. i P. Z. zawarli umowę sprzedaży udziałów, na mocy której (...) nabyła 100% udziałów w kapitale zakładowym (...) spółki z o.o. i tym samym przejęła bezpośrednią kontrolę nad Spółką. Skutkiem przejęcia kontroli spółka z o.o. (...) zwiększyła swój potencjał w sprzedaży detalicznej, co umożliwiło jej korzystanie z dodatkowych korzystnych warunków zakupu towarów – zakupów promocyjnych, w celu wsparcia akcji promocyjnych we własnych sklepach.

W dniu 27 lipca 2010 r. do Prezesa UOKiK wpłynęło zgłoszenie koncentracji przedsiębiorców, polegającej na przejęciu przez (...) spółkę z o.o. kontroli nad (...) spółką z o.o.

Następnie zaskarżoną decyzją z dnia 1 grudnia 2010 r. nr (...) Prezes UOKiK nałożył na (...) spółkę z o.o. karę pieniężną w wysokości 65.000 zł z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa koncentracji, polegającej na przejęciu kontroli nad (...) spółką z o.o.

Sąd Okręgowy stwierdził, iż odwołanie (...) spółki z o.o. zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony i Konsumentów, jeżeli łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 mld euro (art. 13 ust. 1 pkt 1) lub łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 mln euro (art. 13 ust. 1 pkt 2). W myśl art. 13 ust. 2 pkt 2 powyższej ustawy obowiązek ten dotyczy zamiaru przejęcia – przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób – bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców. Jednocześnie art. 14 pkt 1 ustawy stanowi, iż nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji, jeżeli obrót przedsiębiorcy, nad którym ma nastąpić przejęcie kontroli nie przekroczył w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10 mln euro.

W toku postępowania administracyjnego Prezes UOKiK prawidłowo ustalił, że w przypadku powodowej Spółki zachodziły przesłanki uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, przez przejęcie (...) spółki z o.o.,

ponieważ (i) łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji wyniósł 370.713.000 zł, tj. 103.493.000 euro – a zatem przekroczył wartość określoną w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czyli równowartość 50 mln euro, (ii) przejęcie przez (...) kontroli nad (...) przez nabycie w niej udziałów, jest sposobem koncentracji, określonym w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, (iii) nie zaistniała przesłanka z art. 14 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ obrót (...) spółki z o.o. zrealizowany na terytorium Polski w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia koncentracji wyniósł 110.860.000 zł, tj. 30.949.000 euro, a zatem przekroczył równowartość 10 mln euro, (iiii) nie wystąpiły inne przesłanki z art. 14 ustawy.

W konsekwencji, zgodnie z art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na przedsiębiorcy (...) spółką z o.o., jako na przedsiębiorcy, który przejmował kontrolę ciążył obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji. Art. 13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyraźnie wskazuje, że zgłoszeniu Prezesowi UOKiK podlega już sam zamiar koncentracji. Oznacza to, że naruszenie powyższego obowiązku stanowić będzie zgłoszenie Prezesowi UOKiK faktu dokonania koncentracji.

W toku procesu powódka nie kwestionowała okoliczności związanych z koncentracją i braku jej uprzedniej notyfikacji Prezesowi UOKiK Podnosiła natomiast, że Prezes nałożył karę pieniężną w sytuacji, kiedy winien był odstąpić od nałożenia takiej sankcji, a nadto nawet jeśli nałożenie kary było uzasadnione, to kara winna być nałożona w znacząco niższej wysokości.

W ocenie Sądu Okręgowego w rozpatrywanym przypadku brak podstaw do odstąpienia od wymierzenia przedsiębiorcy kary finansowej. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nakłada na przedsiębiorcę, który zamierza dokonać koncentracji szereg obowiązków – w tym podstawowy – czyli obowiązek zgłoszenia organowi antymonopolowemu zamiaru dokonania koncentracji. Należy przypomnieć, że przedsiębiorców, jako podmioty profesjonalne obowiązują zaostrzone standardy, jeśli chodzi o możliwość oczekiwania od nich znajomości przepisów prawa powszechnie obowiązującego, dotyczących m.in. zasad prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorca nie wykonał zatem ciążącego na nim obowiązku zgłoszenia Prezesowi UOKiK zamiaru dokonania koncentracji i w toku postępowania tak administracyjnego, jak i sądowego podnosił, że zaniechanie powyższe było następstwem nieświadomości, że taki obowiązek na nim ciąży. Dając wiarę powyższemu oświadczeniu, Sąd Okręgowy stwierdził, że zachowanie powodowej Spółki było zachowaniem zawinionym, ponieważ obowiązkiem jest znajomość przepisów prawa m.in. regulujących zasady prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności, że działalność ta jest prowadzona na większą skalę. Niemniej jednak istniejące zawinienie po stronie Spółki należy określić stopniem winy nieumyślnej, jakim jest rażące niedbalstwo. Sąd I instancji podzielił pogląd Prezesa UOKiK, że zachowanie powódki daje podstawę, by wyciągnąć w stosunku do podmiotu konsekwencje karne – jednakże nie zgodził się z wysokością wymierzonej kary.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy okik 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, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Kara ta ma charakter fakultatywny i o celowości jej nałożenia oraz wysokości decyduje Prezes UOKiK. Wymierzając powodce karę pozwany wziął pod uwagę szereg okoliczności zarówno łagodzących, jak i obciążających, tj.: fakt, że (...) z własnej inicjatywy zgłosiła koncentrację, że było to pierwsze naruszenie przez Spółkę ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, że w wyniku dokonanej koncentracji nie została istotnie ograniczona konkurencja na rynku. W ocenie Sądu Okręgowego wymienione w uzasadnieniu decyzji okoliczności, które wpłynęły na wymiar kary wskazują, że Prezes UOKiK za małą wagę przypisał okolicznościom związanym ze skutkami koncentracji i dobrowolnemu zgłoszeniu koncentracji przez przedsiębiorcę, niezwłocznie po tym jak powziął wiedzę o obowiązku notyfikacji koncentracji.

Dokonując oceny jaka kara finansowa byłaby adekwatna do czynu powódki, zdaniem Sądu I instancji należy także uwzględnić hipotetyczną decyzję, jaka prawdopodobnie zapadłaby w przypadku dokonania przez Spółkę zgłoszenia zamiaru koncentracji. Inną bowiem miarą należy ocenić zachowanie przedsiębiorcy, którego zamiar koncentracji nie

uzyskałby akceptacji Prezesa UOKiK, a inną tego, który z pewnością zgodę na koncentrację by uzyskał. Skutki rynkowe tych sytuacji byłyby różne w razie przeprowadzenia koncentracji bez zgłoszenia jej zamiaru.

Zgodnie z art. 18 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Z powyższego przepisu wynika, że podstawowym kryterium, jakie winien wziąć Prezes UOKiK pod uwagę przy ocenie koncentracji jest ograniczenie w sposób istotny konkurencji na rynku wskutek dokonania koncentracji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Chodzi tu o rynek właściwy, tj. ten, na którym prowadzone jest działanie gospodarcza przez zamierzających dokonać koncentracji przedsiębiorców i, na którym zachodzi proces ekonomicznej rywalizacji między przedsiębiorcami. (...) spółka z o.o. w okresie poprzedzającym dokonaną koncentrację zajmowała się w przeważającej mierze sprzedażą hurtową urządzeń RTV i AGD, posiadając jednocześnie kilkanaście sklepów detalicznych. Terytorialnie działalność handlowa ograniczała się do terytorium województwa (...) i najbliższych okolic. Z kolei (...) spółka z o.o. prowadziła działalność wyłącznie w zakresie sprzedaży detalicznej urządzeń RTV i AGD, natomiast terytorialnie zasięg działalności Spółki ograniczał się do terenu województw (...), (...) i (...). Uprawnionym jest zatem wniosek, że zakres działalności obu Spółek pokrywał się jedynie częściowo co do przedmiotu działalności i nie pokrywał się zupełnie geograficznie. Rynkiem właściwym dla działalności (...) spółki z o.o., w okresie przed dokonaniem koncentracji, był rynek sprzedaży hurtowej sprzętu RTV i AGD i jedynie w ograniczonym zakresie rynek sprzedaży detalicznej, natomiast rynkiem właściwym dla (...) spółki z o.o. był wówczas głównie rynek sprzedaży detalicznej urządzeń RTV i AGD. Rynkiem właściwym z punktu widzenia geograficznego dla powódki był rynek lokalny wyznaczony w przybliżeniu przez granice województwa (...), natomiast dla (...) spółki z o.o., rynek lokalny wyznaczony w przybliżeniu granicami województw (...), (...) i (...). Tym samym oba podlegające koncentracji podmioty działały na różnych rynkach właściwych – także z punktu widzenia geograficznego. W konsekwencji brak podstaw do sformułowania wniosku, że dokonana koncentracja wpłynęła na poziom konkurencji na rynku. Należy zaznaczyć, że udział w rynku RTV AGD obu podlegających koncentracji podmiotów na poziomie 2,5 % jest udziałem małym i działania podejmowane przez oba podmioty – co do zasady – nie mają znaczącego wpływu na cały krajowy rynek hurtowej i rynek detalicznej sprzedaży urządzeń RTV AGD.

Sąd Okręgowy wskazał, że również Prezes UOKiK nie dostrzegł w dokonanej koncentracji zagrożenia dla konkurencji na rynku. Spostrzeżenie powyższe wynika z faktu, że organ antymonopolowy posiada narzędzia umożliwiające mu przywrócenie konkurencji na rynku, na którym została ona zakłócona m.in. w wyniku dokonanej koncentracji. Zgodnie art. 21 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK może w drodze decyzji nakazać w szczególności podział połączonego przedsiębiorcy, zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy oraz zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę. W niniejszej sprawie pozwany nie podjął żadnego z powyższych działań – a więc należy domniemywać, że nie dostrzegł w dokonanej koncentracji zagrożenia dla konkurencji na jakimkolwiek rynku.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uznał, że brak zgłoszenia koncentracji stanowił znikomy stopień zagrożenia interesu publicznoprawnego, zaś przedsiębiorca z dokonanego naruszenia przepisu ustawy nie uzyskał żadnej korzyści majątkowej, przy czym jego działanie należy uznać za nieumyślne. Ponadto przedsiębiorca dobrowolnie zgłosił koncentrację, niezwłocznie po tym jak uzyskał wiedzę o niewypełnieniu obowiązku, zatem kara orzeczona decyzją okazuje się niewspółmiernie wysoka. Dobrowolne zawiadomienie organu ochrony konkurencji i konsumentów winno być promowane analogicznie, jak to czynią inne instytucje prawa, w tym między innymi linienicy w prawie konkurencji czy czynny żal w prawie karnym i karno-skarbowym, gdzie sprawca zawinionego działania może uniknąć całkowicie kary. Sąd Okręgowy przyjął, że także działanie przedsiębiorcy powinno być promowane jako uczciwe działanie rynkowe, znaczącym obniżeniem kary. Wobec powyższego, kara w wysokości 5.000 zł spełni swoją funkcję represyjną, zaś prewencja szczególna jest także w wystarczającym stopniu zaspokojona, gdyż kara nawet w tej wysokości, łącznie z całokształtem okoliczności związanych z toczącym się postępowaniem, jest wystarczająco wyraźnym ostrzeżeniem dla powodowej Spółki, aby stosować reguły prawa konkurencji. Tak ustalona kara jest, zdaniem Sądu Okręgowego,

odpowiednia do stwierdzonych naruszeń oraz uprawnia wnioszek, że powódka nie będzie w przyszłości dopuszczała się naruszeń przepisów ustawy antymonopolowej.

Powyższy wyrok został zaskarżony przez pozwanego, który wniósł o zmianę orzeczenia i oddalenie w całości odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Pozwany zarzucił:

- 1) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c., przez brak pełnego wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa wskutek braku pełnego odniesienia się do argumentów Prezesa UOKiK i oparcia wyjaśnień podstawy prawnej wyroku na analizie skutków niezgłoszonej koncentracji, a nie na analizie przedmiotu postępowania, tj. popełnienia przez powoda deliktu antymonopolowego uregulowanego w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów,
- 2) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i pominięcie istotnych okoliczności zachowania powoda, mających znaczenie dla sprawy,
- 3) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, przez wadliwy sposób ustalenia wysokości kary pieniężnej jako arbitralnie i dowolnie wyznaczonej sumy pieniężnej, bez odniesienia się do przychodu przedsiębiorcy,
- 4) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, przez nałożenie kary pieniężnej niespełniającej żadnego z celów kar nakładanych w sprawach antymonopolowych dotyczących koncentracji,
- 5) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ustawy antymonopolowej, przez wprowadzenie sprzecznych z istotą sankcji antymonopolowych dotyczących kontroli koncentracji przesłanek ustalania wysokości wymiaru kary,
- 6) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 18 ustawy antymonopolowej w zw. z art. 321 k.p.c. przez wyjście przez Sąd Okręgowy poza przedmiot sprawy i prowadzenie postępowania w przedmiocie wpływu niezgłoszonej koncentracji na rynek oraz ewentualnego zastosowania sankcji strukturalnych.

W odpowiedzi powódka wniosła o oddalenie apelacji w całości jako nieuzasadnionej w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

#### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd II instancji uznając trafność ustaleń faktycznych oraz oceny prawnej dokonane przez Sąd Okręgowy, przyjmuje je za własne. Zarzuty sformułowane w apelacji są chybione. Nie budzi bowiem wątpliwości Sądu odwoławczego słuszność wysokości wymierzonej przez Sąd I instancji kary pieniężnej w prawidłowo ustalonych przez ten Sąd realiach sprawy.

Poza sporem pozostaje fakt, że powodowa Spółka dopuściła się deliktu antymonopolowego penalizowanego w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy okik. Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że podstawą do nałożenia kary pieniężnej jest naruszenie formalnych obowiązków wynikających z art. 13 ustawy okik. W konsekwencji dla możliwości nałożenia takiej kary nie jest istotne, czy dokonanie koncentracji miało jakiegokolwiek negatywne skutki dla konkurencji na określonym rynku, natomiast rozmiar wpływu koncentracji na rynek stanowi przesłankę przemawiającą za wysokością nakładanej kary pieniężnej. Uprawnionym jest zatem wniosek Sądu OKiK, że brak wpływu koncentracji na rynek powinien skutkować znaczącym obniżeniem kary pieniężnej, a tym samym sformułowany w apelacji zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy okik jest chybiony. Sąd I instancji nie odstąpił od wymierzenia kary przedsiębiorcy, na którym bezspornie spoczywał obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, zatem fakt nałożenia kary, który sam w sobie stanowi o represji wobec ukaranego podmiotu, został utrzymany i w przyszłości będzie elementem istotnym dla oceny zachowań przedsiębiorcy w kontekście zgodności podejmowanych działań z przepisami ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów, tj. wymiaru kary za kolejne naruszenie przepisów ustawy. Uprawnionym jest bowiem wniosek, że o „ciężarze” represji i zdolności prewencji nie decyduje przede wszystkim wysokość nałożonej kary.

Przechodząc zatem do zarzutu naruszenia art. 111 ustawy okik, który wskazuje normatywne przesłanki ustalania wysokości kar pieniężnych, w ocenie Sąd Apelacyjny, Sąd Okręgowy dokonał poprawnego zastosowania powołanego przepisu w rozpoznawanej sprawie. Wszystkie istotne dla wymiaru kary elementy, które doprowadziły do zmiany zaskarżonej decyzji, zostały uwzględnione. Słusznie Sąd ten nadał znaczenie niewywołaniu jakichkolwiek „zakłóceń” konkurencji na właściwym rynku w następstwie przeprowadzonej przez powódkę koncentracji, co wyżej zostało wyjaśnione. Podkreślić jedynie należy, że naruszenie przez powódkę interesu publicznego, który jest chroniony ustawą okik, miało wyłącznie charakter formalny, tj. polegało jedynie na niewykonaniu obowiązku ustawowego bez skutku prowadzącego do ograniczenia konkurencji. Trafnie Sąd I instancji wskazał na kolejny istotny element, tj. zgłoszenie przez samego przedsiębiorcę naruszenia przepisów ustawy okik i pełną współpracę powodowej Spółki w prowadzonym przez pozwanego postępowaniu administracyjnym. Natomiast próba zniesienia znaczenia tzw. „czynnego żalu” przez skarżącego, który w apelacji podniósł, że powódka podjęła kolejne procesy koncentracji i jedynie zwiększone ryzyko wykrycia niniejszego deliktu antymonopolowego skłoniło Spółkę do zawiadomienia organu antymonopolowego, jest jedynie hipotetycznym twierdzeniem skarżącego i subiektywną oceną zdarzeń. Nie budzi również wątpliwości Sądu odwoławczego, że wadliwość działania powódki należy kwalifikować wyłącznie jako niedbalstwo w postaci - sprawca nie wyobraża sobie skutku, choć może i powinien go sobie wyobrazić. Poza sporem pozostaje również fakt, że powódka naruszyła przepisy ustawy antymonopolowej po raz pierwszy.

W konsekwencji analiza wymienionych elementów, tj.: stopnia naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej (słusznie powaga naruszenia została oceniona przez brak tzw. materialnych skutków naruszenia), okoliczności dokonanego naruszenia oraz brak uprzedniego naruszenia ustawy przez powódkę, uprawniała Sąd OKiK do zmiany wysokości wymierzonej kary do poziomu 5000 zł. Nie wpływa na ocenę trafności zaskarżonego wyroku odmienna ocena Sądu Apelacyjnego przesłanki, którą Sąd I instancji uzasadnił antycypując rozstrzygnięcie pozwanego na podstawie art. 18 ustawy okik, tj. w sytuacji zgłoszenia przez powodową Spółkę zamiaru koncentracji. W tym kontekście znaczenie w realiach sprawy ma brak innych skutków naruszenia poza formalnym naruszeniem interesu publicznego.

Tym samym sankcja wymierzona w wyniku zmiany zaskarżonej decyzji jest odpowiednia, cechuje się stopniem dolegliwości proporcjonalnym do deliktu antymonopolowego popełnionego przez powódkę i osiągnięciu zamierzony cel, uwzględniając wyżej już wyrażony przez Sąd Apelacyjny pogląd, że o „ciężarze” represji i zdolności prewencji nie decyduje przede wszystkim wysokość nałożonej kary.

Zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c. również jest chybiony. Należy bowiem wskazać, że zarzut naruszenia powołanego przepisu może okazać się skuteczny jedynie wówczas, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku posiada tak istotne braki konstrukcyjne i/lub wadliwości, że nie jest możliwa instancyjna kontrola orzeczenia. W ocenie Sądu odwoławczego uzasadnienie Sądu I instancji takich braków czy wadliwości nie posiada.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego postanowiono stosownie do treści art. 98 § 1 i 3 k.p.c.