



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-411-5/06/AZ

Warszawa, 7 lipca 2009 r.

DECYZJA Nr DOK-3/2009

- I.** Na podstawie art. 9 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) oraz w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu wszczętego na wniosek CTL Logistics Sp. z o.o. w Warszawie postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje, za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz**, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nadużywanie przez PKP Cargo S.A. w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej PKP Cargo S.A. **i nakazuje jej zaniechania.**
- II.** Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.), w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada** na PKP Cargo S.A. w Warszawie **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa w wysokości 60 362 071,69 zł (słownie: sześćdziesiąt milionów trzysta sześćdziesiąt dwa tysiące siedemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy) z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.
- III.** Na podstawie art. 90 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.), w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nadaje** pkt I sentencji niniejszej decyzji **rygor natychmiastowej wykonalności.**

Uzasadnienie

W dniu 6 lipca 2006 r. wpłynął do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK” lub „organ antymonopolowy”) wniosek CTL Logistics S.A. w Warszawie (dalej: „CTL Logistics” lub „Wnioskodawca”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. w Warszawie (dalej: „PKP Cargo” lub „Spółka”) w związku z nadużywaniem przez tego przedsiębiorcę pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarów, polegającym na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, co stanowi praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej: „Ustawa” lub „ustawa antymonopolowa”) poprzez wprowadzenie w życie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6-10, który uprawnia PKP Cargo S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów PKP Cargo S.A. i wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji uznającej powyższą praktykę za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechania jej stosowania. CTL Logistics wniosło również o wydanie, na podstawie art. 88 Ustawy, decyzji zobowiązującej PKP Cargo do zaniechania stosowania zarzucanej praktyki przed zakończeniem postępowania antymonopolowego.

Jednocześnie CTL Logistics wniosło zawiadomienie z dnia 22 czerwca 2006 r. (data wpływu 10 lipca 2006 r.) o niewykonaniu przez PKP Cargo S.A. decyzji Prezesa UOKiK Nr DOK-50/2004 z dnia 17 czerwca 2004 r.

W związku z powyższym organ antymonopolowy wszczął w dniu 11 sierpnia 2006 r. postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania PKP Cargo S.A. związane z wprowadzeniem w dniu 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” polegających na przyznaniu PKP Cargo S.A. uprawnienia do odmowy zawierania umów specjalnych i wieloletnich z przedsiębiorcami uznanymi w ww. Zasadach za konkurentów PKP Cargo S.A., naruszają przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego.

Wspomniane postępowanie wyjaśniające zamknięte zostało postanowieniem z dnia 14 grudnia 2006 r. Analiza zebranego w jego toku materiału dowodowego skłoniła Prezesa UOKiK do wszczęcia na wniosek CTL Logistics S.A. z siedzibą w Warszawie - postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. - postępowania antymonopolowego, w sprawie nadużywania przez PKP Cargo S.A. w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia PKP Cargo S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów PKP Cargo S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia

15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet materiału dowodowego wszczętego postępowania antymonopolowego materiał dowodowy zebrany w toku wspomnianego postępowania wyjaśniającego w zakresie:

- pisma Prezesa UOKiK do PKP Cargo S.A. z dnia 16 sierpnia 2006 r.,
- pisma PKP Cargo S.A. z dnia 8 września 2006 r. będącego odpowiedzią na ww. pismo Prezesa UOKiK,
- załącznika do pisma PKP Cargo S.A. z dnia 9 listopada 2006 r., zawierającego aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego dla PKP Cargo S.A.

Nawiązując do wniosku CTL Logistics o wydanie decyzji na podstawie art. 88 Ustawy, organ antymonopolowy w piśmie z dnia 24 stycznia 2007 r. wyjaśnił Spółce, iż *de lege lata* Ustawa nie przyznaje przedsiębiorcom prawa do występowania z wnioskiem o wydanie przed zakończeniem postępowania antymonopolowego, decyzji zobowiązującej do zaniechania określonych działań - to organ antymonopolowy mając na uwadze posiadane informacje z urzędu ocenia, czy zachodzą przesłanki przemawiające za wydaniem ww. decyzji.

W dniu 17 lipca 2008 r. wpłynął do Prezesa UOKiK wniosek CTL Logistics modyfikujący wniosek spółki z dnia 22 czerwca 2006 r. o wszczęcie postępowania antymonopolowego. W związku z powyższym postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. organ zmienił postanowienie z dnia 15 grudnia 2006 r., sygn. DOK1-411-5/06/AZ, o wszczęciu postępowania antymonopolowego, nadając mu następujące brzmienie: **„Działając na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanawia, na wniosek CTL Logistics S.A. z siedzibą w Warszawie, wszcząć postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej PKP Cargo S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”**.

Prezes UOKiK dokonał powyższej zmiany mając na uwadze, iż zgodnie z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było zatem w trybie i na zasadach przewidzianych w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r.

Oznacza to, że CTL Logistics pozostając stroną niniejszego postępowania mógł wystąpić do organu antymonopolowego z wnioskiem o korektę zarzutu postawionego PKP Cargo w postanowieniu o wszczęciu postępowania, zaś Prezes UOKiK związany był jego wnioskiem.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2008 r. Prezes UOKiK zawiadomił o zmianie postanowienia z dnia 15 grudnia 2006 r. PKP Cargo wzywając je jednocześnie do ustosunkowania się do postawionego zarzutu.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2008 r. CTL Logistics wniósł o nadanie decyzji kończącej postępowanie w sprawie, rygoru natychmiastowej wykonalności.

W dniu 15 września 2008 r. do organu antymonopolowego wpłynęło pismo Wnioskodawcy z dnia 10 września 2008 r., którym poinformował on, iż w związku z połączeniem CTL Logistics S.A. i CTL Logistics Sp. z o.o. stroną niniejszego postępowania z dniem 1 września 2008 r. jest CTL Logistics Sp. z o.o. w Warszawie jako spółka przejmująca (dalej: „CTL Logistics”, „Wnioskodawca”) oraz załączył aktualny odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla CTL Logistics Sp. z o.o.

Prezes UOKiK zamknął postępowanie dowodowe, o czym powiadomił strony pismem z dnia 28 maja 2009 r. informując je o możliwości zapoznania się z całym materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy oraz składania ostatecznego stanowiska w sprawie przed wydaniem rozstrzygnięcia przez organ antymonopolowy.

Stanowisko Wnioskodawcy

Wnioskodawca podnosi, iż umowy specjalne przewidziane w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” (dalej: „Zasady sprzedaży”), których dotyczy wnioski z dnia 22 czerwca 2006 r. charakteryzują się preferencyjnymi warunkami cenowymi z uwagi na wielkości zlecanych przewozów zaś oferowane w ramach tych umów upusty miały być dostępne na równych zasadach dla wszystkich kontrahentów PKP Cargo stale z nim współpracujących. Wprowadzając jednak zaskarżone zapisy do „Zasad sprzedaży” PKP Cargo wykluczyło możliwość współpracy w ramach umów wieloletnich i specjalnych z podmiotami uznanymi za swoich konkurentów w zakresie realizacji przewozów towarów, które konkurent sam przewozi. PKP Cargo wprowadził przy tym do „Zasad sprzedaży” definicję konkurenta (przedsiębiorca, który posiada ważną licencję na wykonywanie kolejowych przewozów towarowych i faktycznie wykonuje działalność w zakresie objętym licencją), przyznając sobie prawo wypowiedzenia umowy specjalnej lub wieloletniej z kontrahentem, który „w okresie jej obowiązywania stanie się konkurentem PKP Cargo i podejmie przewozy towarów (poz. *NHM*¹) objętych daną umową specjalną lub wieloletnią”.

¹ Zharmonizowany Spis Towarów

Wnioskodawca podnosi przy tym, iż w związku z treścią § 5 ust. 7 „Zasad sprzedaży” wszystkie spółki zależne od CTL Logistics traktowane są jak konkurent.

CTL Logistics podkreśla, że konsekwencją powyższych zapisów „Zasad sprzedaży” jest fakt, iż przewoźnik uznany za konkurenta PKP Cargo może być jego klientem w zakresie towarów, które sam przewozi tylko na zasadach ogólnych, a zatem bez uwzględnienia upustów wynikających z umów specjalnych i wieloletnich. Jak z tego wynika, przewoźnik kolejowy chcąc skorzystać z upustów przewidzianych w umowach wieloletnich i specjalnych, będzie zmuszony do ograniczenia swojej działalności do niektórych tylko towarów.

Zdaniem CTL Logistics, zarzucana PKP Cargo praktyka narusza interes publiczny, gdyż stosowana jest wobec wszystkich podmiotów zainteresowanych współpracą z PKP Cargo w zakresie umów specjalnych i wieloletnich, a będących jednocześnie konkurentami Spółki oraz wszystkich podmiotów prowadzących działalność w zakresie przewozów towarów koleją. W efekcie działań dominanta ograniczony zostanie dostęp do rynku usług przewozowych koleją, również innym poza Wnioskodawcą przewoźnikom, jak również przedsiębiorcom, którzy zamierzają dopiero wejść na rynek.

W opinii CTL Logistics rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek kolejowych przewozów towarowych, a inne rodzaje transportu (samochodowy, żegluga śródlądowa) nie mogą być uznane za jego pełne substytuty.

Według Wnioskodawcy za przyjęciem, że na tak rozumianym rynku PKP Cargo posiada pozycję dominującą przemawia fakt, iż spółka ta była na nim do niedawna monopolistą, a ponadto może sobie pozwolić na dowolne kształtowanie stosunków umownych z kontrahentami, o czym świadczy treść § 19 ust. 2 „Zasad sprzedaży” zgodnie, z którym *„PKP Cargo zastrzega sobie możliwość wprowadzania zmian do zasad sprzedaży (...) lub wprowadzania nowych Zasad sprzedaży (...) w każdym czasie”*.

Stosując zarzucaną praktykę PKP Cargo może, w opinii Wnioskodawcy, eliminować rodzącą się konkurencję na rynku przewozów koleją arbitralnie stwierdzając, że kontrahent spółki nie może równocześnie prowadzić tego rodzaju działalności. Praktyka ta pozbawia innych przewoźników możliwości uczestniczenia w obrocie na korzystniejszych warunkach, zabezpieczając jednocześnie Spółkę przed liberalizacją rynku przewozów towarowych i wejściem na rynek innych przewoźników. Zachowanie rynkowe PKP Cargo działa negatywnie wobec wszystkich przedsiębiorców korzystających z możliwości zawierania umów wieloletnich i specjalnych, a pośrednio we wszystkie podmioty zlecające przewozy towarów koleją, pozbawiając je możliwości wyboru oferty innej niż PKP Cargo.

Zadaniem Wnioskodawcy, wobec takiej praktyki PKP Cargo, realną możliwość prowadzenia działalności konkurencyjnej wobec dominującego przewoźnika mają wyłącznie podmioty, które nie korzystają w żaden sposób z jego usług oraz nie należą

do grupy kapitałowej, w skład której wchodzi przedsiębiorcy korzystający z usług PKP Cargo.

W opinii CTL Logistics treść „Zasad sprzedaży” stwarza podstawę do niejednolitego i dyskryminacyjnego traktowania konkurentów z uwagi na dowolność w zakresie kształtowania ich wzajemnych stosunków (PKP Cargo może wypowiedzieć umowę specjalną i wieloletnią w sytuacji, gdy kontrahent podejmie przewozy towarów objęte tymi umowami).

Wnosząc o wydanie na podstawie art. 88 ustawy antymonopolowej, tzw. decyzji tymczasowej Wnioskodawca podkreśla, iż we wniosku z dnia 22 czerwca 2006 r. uprawdopodobniony został zarzut stosowania zakazanej praktyki, a sytuacja zaistniała na rynku ma charakter na tyle wyjątkowy, że wymaga interwencji organu przed zakończeniem postępowania antymonopolowego. Skutkiem bowiem praktyki PKP Cargo będą „ogromne straty finansowe” oraz ograniczenie możliwości działania na rynku właściwym Wnioskodawcy i innych konkurentów dominanta.

Wnioskodawca podnosi, iż wydanie decyzji na podstawie art. 88 Ustawy wskazane jest także z uwagi na szczególny etap na jakim znajduje się konkurencja na rynku właściwym, tj. fazę rozwoju konkurencji na zmonopolizowanym do niedawna rynku.

Występując z wnioskiem z dnia 11 lipca 2008 r., modyfikującym wniosek spółki z dnia 22 czerwca 2006 r. o wszczęcie postępowania antymonopolowego, CTL Logistics podkreślił, iż w toku postępowania antymonopolowego PKP Cargo wielokrotnie zmieniał „Zasady sprzedaży” nie zmieniając jednocześnie treści kwestionowanego przez Wnioskodawcę zapisu. Także po zastąpieniu „Zasad sprzedaży” z dniem 1 lipca 2008 r. przez „Regulamin sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” (dalej: „Regulamin sprzedaży”), na podstawie jego § 2 pkt 10 PKP Cargo może odmawiać konkurentowi świadczenia usług przewozów towarowych na zasadach szczególnych. Zdaniem Wnioskodawcy, po wydaniu przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej praktykę, PKP Cargo tak przekształca swoją praktykę handlową by nie stała ona w sprzeczności z dokładnym brzmieniem treści ostatnio wydanej decyzji, a jednocześnie wprowadza w życie politykę handlową, której założenia są tożsame z poprzednią polityką zakwestionowaną przez organ. Wniosek CTL Logistics z dnia 11 lipca 2008 r. opiera się zdaniem Wnioskodawcy wyłącznie na oderwaniu jego treści od konkretnie obowiązujących w danej chwili „Zasad sprzedaży”.

Wnosząc pismem z dnia 21 sierpnia 2008 r. o nadanie decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe rygoru natychmiastowej wykonalności, CTL Logistics podniósł, iż stosując zarzucaną praktykę, PKP Cargo eliminuje z rynku przewoźników prywatnych hamując proces liberalizacji rynku przewozów kolejną w Polsce. Zdaniem Wnioskodawcy obecna praktyka PKP Cargo jest tożsama z praktyką zakazaną decyzją Prezesa UOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r. nr DOK-50/2004 r., która również wymuszała na konkurentach dominanta powstrzymanie się od działalności konkurencyjnej w zakresie towarów objętych łączącą strony umową wieloletnią. CTL Logistics zwraca uwagę na fakt, iż wspomniana decyzja organu była opatrzona

rygorem natychmiastowej wykonalności, a jej skutkiem na rynku było wzmocnienie konkurencji i będące jego wynikiem obniżenie przewoźnego, na co Wnioskodawca podaje stosowne przykłady.

Stanowisko PKP Cargo

Odpowiadając pismem z dnia 15 stycznia 2007 r. na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego PKP Cargo stwierdził, co następuje.

Definicja rynku właściwego w sprawie jako krajowego rynku przewozu towarów koleją jest błędna. Zdaniem Spółki Wnioskodawca oparł ją na dotychczasowym orzecznictwie Prezesa UOKiK zawierającym analizy rynkowe sektora transportu towarów w latach 2002-2003, przez co nie uwzględnił zmian jakie zaszły w sektorze od tego czasu. Wnioskodawca nie przedstawił w opinii PKP Cargo innych argumentów uzasadniających tezę, że rynek właściwy w sprawie powinien zostać określony jak we wniosku o wszczęcie postępowania.

Zdaniem PKP Cargo, wbrew twierdzeniom CTL Logistics transport samochodowy jest substytucyjny wobec przewozów towarów koleją, co znajduje potwierdzenie w przytaczanych przez spółkę danych statystycznych GUS dotyczących przewozu minerałów surowych i przetworzonych. W sytuacji gdy spada wielkość przewozu towarów przez kolej, wzrasta przewóz tych materiałów przy wykorzystaniu transportu samochodowego – takie wzajemne przejmowanie ładunków między ww. gałęziami transportu świadczy o ich substytucyjności.

Teza powyższa znajduje, zdaniem PKP Cargo, potwierdzenie także w spadku średniej odległości przewozu 1 tony ładunku w 2005 r. w transporcie kolejowym (do 185 km z 205 km w 2003 r.) oraz wzroście tej wielkości w transporcie samochodowym w latach 2003 - 2006 z 153 do 165 km.

Jako dodatkowy argument PKP Cargo powołuje podejście Komisji Europejskiej do zagadnień transportu – przyjęte przez KE założenia polityki transportowej do roku 2020 wskazują na intensywniejsze wykorzystanie przewozów kolejowych i morskich w przyszłości kosztem transportu samochodowego. Jednym z programów unijnych realizowanych w powyższym zakresie jest program REORIENT, którego celem jest sformułowanie koncepcji transeuropejskich kolejowych korytarzy transportowych, które mogłyby konkurować z transportem samochodowym, zaś partnerem programu po stronie polskiej jest grupa kapitałowa CTL.

Jednocześnie PKP Cargo zastrzegło, iż nawet w przypadku uznania za prawidłową definicji rynku w wymiarze produktowym podnoszonej przez CTL Logistics, zachodzące na rynku zmiany przemawiają za przyjęciem, że w wymiarze geograficznym rynek właściwy powinien być definiowany szerzej niż rynek krajowy. PKP Cargo podnosi, iż z dniem 1 stycznia 2007 r. polski rynek kolejowy został otwarty na zagranicznych przewoźników, co oznacza zniesienie barier prawnych dla podmiotów zagranicznych – zagraniczny przewoźnik może prowadzić w Polsce

działalność w zakresie przewozu towarów koleją na podstawie licencji wydanej przez właściwy organ kraju członkowskiego UE. Argument ten jest o tyle ważki, iż zagraniczni przewoźnicy posiadają dostęp do odpowiedniej infrastruktury (tabor w postaci lokomotyw i wagonów) dzięki czemu nie będą oni zmuszeni dokonywać znaczących inwestycji na rozpoczęcie działalności w Polsce.

Zdaniem PKP Cargo, nawet uznawszy, iż brak barier prawnych dla wejścia zagranicznych przewoźników na polski rynek przewozów towarów koleją nie stanowi wystarczającej podstaw do przyjęcia szerszej niż krajowa definicji rynku, to wspomniane podmioty, jako potencjalni konkurenci PKP Cargo, powinny zostać uwzględnione przy określaniu siły rynkowej spółki. Stanowisko takie znajduje, w opinii PKP Cargo, potwierdzenie zarówno w krajowym jak i wspólnotowym orzecznictwie i doktrynie. Przyjęcie powyższego założenia pozwala stwierdzić, że przewoźnik nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie, nie jest on także w stanie prowadzić niezależnej od klientów i kontrahentów polityki handlowej, co znajduje potwierdzenie w rosnącym udziale rynkowym prywatnych przewoźników oraz wygranych przez nich przetargach na obsługę przewozów, których organizatorzy zrezygnowali z usług PKP Cargo.

W ocenie PKP Cargo, wprowadzone przez spółkę a zaskarżone przez CTL Logistics zmiany „Zasad sprzedaży” są obiektywnie uzasadnione i wynikają z nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez konkurentów będących jednocześnie jej klientami. Według PKP Cargo, konkurenci Spółki dokonywali przejmowania jej klientów wykorzystując informacje uzyskane z racji współpracy z PKP Cargo w ramach umów wieloletnich i specjalnych, dzięki którym byli w stanie przedstawić atrakcyjną dla klientów ofertę, skupiając się na przejęciu najbardziej opłacalnych przewozów całopociągowych. PKP Cargo podnosi, iż CTL Logistics jako spedytor zawierał umowy z gestorami ładunku, tj. nabywcami usługi przewozu, a następnie zlecał przewóz tych towarów PKP Cargo, na podstawie zawartych ze Spółką umów na zasadach szczególnych. Po rozpoczęciu działalności przewozowej Wnioskodawca wykorzystywał, zdaniem PKP Cargo, swoją działalność w roli spedytora do przejmowania klientów Spółki. Znając jako spedytor informacje dotyczące procesu przewozowego dla klienta (harmonogram przesyłek, wielkość przewozu, masa towaru, cena na przewóz), Wnioskodawca nie wykonywał umów zawartych z PKP Cargo, ale posiadając ww. informacje przedstawiał klientowi konkurencyjną ofertę.

Jako przykład takiego przejęcia klienta PKP Cargo podaje nawiązanie przez CTL Rail Sp. z o.o. współpracy z Zakładami Azotowymi „Puławy” S.A. przez co przychody Spółki zmniejszyły się o **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika nr 1 do decyzji]** zł. Zatem zmianę zasad współpracy handlowej z konkurencyjnymi przewoźnikami PKP Cargo uzasadnia potrzebą ochrony swoich interesów naruszanych przez nieuczciwe praktyki rynkowe konkurentów. Wedle wyjaśnień Spółki *„u podstaw wprowadzenia zmian do Zasad Sprzedaży leżała (...) potrzeba ograniczenia katalogu przypadków pozwalających na zawieranie umów specjalnych i wieloletnich z konkurentami Spółki w celu uniknięcia udzielania preferencyjnych warunków*

umownych klientom pośredniczącym w sprzedaży usługi przewozu, a jednocześnie występującym w roli konkurenta”.

PKP Cargo uznaje za „nietrafne” twierdzenia Wnioskodawcy o braku możliwości wykonywania przez innych przewoźników przewozów na rzecz klientów oraz niekonkurencyjności ich oferty bez posiadania umów specjalnych z PKP Cargo. Zdaniem Spółki zawarcie tych umów nie stanowi koniecznego warunku dla prowadzenia przez konkurentów działalności przewozowej, co znajduje potwierdzenie w ich rosnących udziałach rynkowych i fakcie dysponowania odpowiednią infrastrukturą kolejową (lokomotywy i wagony). Ponadto kwestionowane przez Wnioskodawcę postanowienia „Zasad sprzedaży” w żaden sposób nie ingerują w przewozy dokonywane przez konkurencyjnych przewoźników zaś zawarcie umowy specjalnej nie należy do warunków umożliwiających rozpoczęcie działalności w zakresie przewozów towarów kolejną.

PKP Cargo podkreśla ponadto, iż zarzut Wnioskodawcy jest bezzasadny w świetle dotychczasowego orzecznictwa krajowego i wspólnotowego, zgodnie z którym polityka rynkowa dominanta wobec konkurentów, u której legła potrzeba natury gospodarczej, technicznej lub prawnej nie stanowi nadużycia pozycji dominującej, jeżeli w działaniach zachowana zostaje zasada proporcjonalności. Przedsiębiorca dominujący ma bowiem prawo chronić własne interesy rynkowe w sytuacji, gdy są one zagrożone na skutek działań innych przedsiębiorców w tym swoich klientów.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy kwestionowane zachowanie PKP Cargo jest *„działaniem obronnym przeciwko nieuczciwym praktykom dokonywanym wobec niej przez prywatnych przewoźników, próbą obrony swojej malejącej pozycji na rynku i działaniem mającym na uwadze interes gospodarczy spółki”*. W ocenie Spółki, w żaden sposób nie utrudnia ona prowadzenia działalności przewoźnikom konkurencyjnym, oferując im dodatkowo możliwość korzystania z usług przewozowych świadczonych na zasadach ogólnych.

PKP Cargo stoi na stanowisku, iż ma prawo do odmiennego traktowania konkurentów od pozostałych swoich klientów, tj. nie musi im oferować preferencyjnych warunków cenowych w ramach umów specjalnych i wieloletnich – nie ma bowiem obowiązku wspierania konkurentów i ułatwiania im wzmocnienia siły rynkowej własnym kosztem.

Ustosunkowując się do postawionego zarzutu, PKP Cargo podniosło także, że nie jest zasadne wydanie w przedmiotowej sprawie decyzji na podstawie art. 88 Ustawy, tj. wydawanej przed zakończeniem postępowania antymonopolowego decyzji, zobowiązującej przedsiębiorcę do zaniechania określonych działań w celu zapobieżenia poważnym i trudnym do usunięcia zagrożeniom dla konkurencji. Zdaniem Spółki Wnioskodawca nie uprawdopodobnił stosowania przez PKP Cargo praktyki ograniczającej konkurencję ani też, że rzekoma praktyka może spowodować poważne i trudne do usunięcia zagrożenie dla konkurencji.

PKP Cargo podniosło ponadto, iż z uwagi na fakt, że zarzucane jej działanie nie narusza art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, nie doszło do zagrożenia ani naruszenia interesu publicznego. Jak wcześniej nadmieniła PKP Cargo kwestionowane postanowienia „Zasad sprzedaży” w żaden sposób nie ograniczają działalności konkurencyjnych przewoźników oraz nie tworzą barier wejścia na rynek.

W ocenie PKP Cargo CTL Logistics składając wniosek z dnia 22 czerwca 2006 r. próbuje wykorzystać przewidziane w Ustawie mechanizmy w celu ochrony indywidualnego interesu jego grupy kapitałowej.

W piśmie z dnia 26 stycznia 2007 r., PKP Cargo raz jeszcze stwierdziło, iż nie zgadza się z postawionym zarzutem nadużywania pozycji dominującej, a zarzucane jej zachowanie jest działaniem obiektywnie uzasadnionym, następstwem „wymierzonej przeciwko interesom Spółki polityki rynkowej konkurencyjnych przewoźników”. PKP Cargo powtórnie opisuje mechanizm przejmowania klientów przez innych przewoźników oraz na poparcie swoich argumentów przytacza szacunkowe wielkości strat poniesionych przez Spółkę na skutek przejmowania przez konkurentów (w tym Wnioskodawcę) jej dotychczasowych kontrahentów.

W odpowiedzi na zawiadomienie z dnia 20 sierpnia 2008 r. o zmianie postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, PKP Cargo podtrzymało wszystkie dotychczasowe twierdzenia i argumenty. Ponadto stwierdziło, iż wbrew brzmieniu postawionego zarzutu zawierało i nadal zawiera z konkurentami umowy przewidujące upusty od Taryfy Towarowej PKP Cargo S.A. (o czym świadczy treść art. § 4 ust. 2 Regulaminu Sprzedaży Usług Przewozów Towarowych przez PKP Cargo S.A.), a także nie odmawia im współpracy na zasadach szczególnych w zakresie przewozu towarów, których sami nie przewożą.

Spółka kwestionuje także twierdzenie Wnioskodawcy jakoby przewóz pojedynczych wagonów mógł być realizowany tylko przez PKP Cargo z uwagi na jego potencjał, zwracając uwagę na fakt, iż CTL Logistics ma w swojej ofercie świadczenie usług przesyłek towarowych wagonowych, o czym świadczą odpowiednie zapisy w „Regulaminie Przesyłek Towarowych CTL Logistics S.A.”.

Zdaniem PKP Cargo, Wnioskodawca dąży poprzez przedmiotowe postępowanie antymonopolowe do przywrócenia możliwości zlecenia Spółce przewozów rozproszonych na preferencyjnych warunkach cenowych, co oznaczałoby dla PKP Cargo finansowanie działalności konkurentów, którą mogą oni prowadzić we własnym zakresie.

PKP Cargo podkreślił ponadto, powołując się na orzecznictwo ETS², iż nie narusza jako dominant art. 8 Ustawy odmawiając innemu przedsiębiorcy instrumentów do prowadzenia działalności gospodarczej na innym rynku, gdy nie prowadzi to do wykluczenia wszelkiej konkurencji na rynku, na którym działa kontrahent oraz, gdy

² Wyrok Trybunału z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97, *Oscar Bronner vs Mediaprint*

ww. instrumenty nie są niezbędne do prowadzenia działalności na tym rynku, a nadto wchodzi w tym zakresie w grę inna, rzeczywista lub potencjalna, alternatywa.

Wedle PKP Cargo fakt, iż żaden inny przewoźnik konkurencyjny poza CTL Logistics nie uznaje (zdaniem Spółki – przyp. Prezesa UOKiK) okoliczności, iż PKP Cargo nie zawiera z nimi umów na warunkach szczególnych w zakresie towarów przewożonych przez nich w ramach własnej działalności, za istotną przeszkodę w rozwoju konkurencji, świadczy o braku przesłanki interesu publicznoprawnego w niniejszej sprawie.

W opinii PKP Cargo uznanie zarzucanej Spółce w niniejszym postępowaniu praktyki za ograniczającą konkurencję spowoduje, że Spółka:

- utraci instrument niezbędny do ochrony jej interesów handlowych i będzie na powrót finansować z własnych środków działalność konkurencyjnych przewoźników,
- będzie zmuszona ujawniać konkurencyjnym przewoźnikom warunki handlowe oferowane klientom,
- będzie zmuszona „odkryć” całą swoją politykę cenową, w tym przedstawiać oferty na usługi przewozowe konkurentom, którzy zamierzają startować w tych samych przetargach, co spowoduje lawinowe przejmowanie jej przewozów przez konkurentów.

Zdaniem PKP Cargo decyzja uznająca skarżone przez CTL Logistics praktyki za sprzeczne z Ustawą „*oznaczała będzie w perspektywie czasu eliminację Spółki z rynku metodami administracyjnymi*”.

Prezes UOKiK ustalił, co następuje:

Transport towarów koleją

Świadczenie usług przewozu towarów koleją odbywa się na zasadach określonych ustawą z dnia 28 marca 2003 r. *o transporcie kolejowym* (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 16, poz. 94 ze zm.), która zgodnie z jej art. 1 określa m.in. zasady zarządzania, utrzymania i korzystania z infrastruktury kolejowej; zasady prowadzenia ruchu kolejowego i wykonywania przewozów kolejowych oraz zasady i instrumenty regulacji transportu kolejowego.

W myśl ww. ustawy centralnym organem administracji rządowej, właściwym w sprawach regulacji transportu kolejowego, licencjonowania transportu kolejowego, nadzoru technicznego nad eksploatacją i utrzymaniem linii i pojazdów kolejowych oraz bezpieczeństwa ruchu kolejowego jest Prezes Urzędu Transportu Kolejowego. Do zadań Prezesa UTK należy m.in.:

- zatwierdzanie i koordynowanie opłat za korzystanie z przyznaných tras pociągów infrastruktury kolejowej pod względem zgodności z zasadami ustalania tych opłat;
- nadzór nad zapewnieniem równości dostępu przewoźników kolejowych do infrastruktury kolejowej;

- nadzór nad równoprawnym traktowaniem przez zarządców wszystkich przewoźników kolejowych, w szczególności w zakresie rozpatrywania wniosków o udostępnienie tras pociągów i naliczania opłat.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy o *transporcie kolejowym*, działalność gospodarcza polegająca na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy albo na świadczeniu usług trakcyjnych podlega licencjonowaniu, zaś udzielona decyzją Prezesa UTK licencja potwierdza zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego na terytorium Polski oraz państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej UTK na dzień 31 października 2008 r. licencje na dokonywanie przewozów ładunków koleją posiadało 77 przedsiębiorców. Natomiast w myśl informacji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (pismo z dnia 5 grudnia 2008 r., nr TRM-072-11PB/08) w 2007 r. 45 przewoźników faktycznie wykonywało taką działalność na podstawie posiadanych licencji.

Nadmienić należy, że z dniem 1 stycznia 2007 r. krajowy rynek przewozów towarów koleją otworzył się na zagraniczną konkurencję – przewoźnicy kolejowi posiadający licencję na wykonywanie działalności transportowej w dowolnym kraju członkowskim mogą dokonywać przewozów towarów na terytorium całej Unii Europejskiej, co w odniesieniu do rynku polskiego uregulowane zostało w art. 43 ust. 3 ustawy o *transporcie kolejowym*.

Strony postępowania

PKP Cargo

Spółka akcyjna PKP Cargo została założona przez PKP S.A. w dniu 29 czerwca 2001 r., co stanowiło wypełnienie art. 14 ustawy z dnia 8 września 2000 r. o *komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego "Polskie Koleje Państwowe"* (Dz. U. Nr 84, poz. 948 ze zm.), zaś działalność gospodarczą rozpoczęła 1 października 2001 r.

Zgodnie odpisem z Krajowego Rejestru Przedsiębiorców z dnia 8 września 2008 r., przedmiot działalności PKP Cargo S.A. obejmuje m.in.:

- transport kolejowy,
- przeladunek towarów,
- magazynowanie i przechowywanie towarów,
- pozostałą działalność wspomagającą transport lądowy,
- wynajem pozostałych środków transportu lądowego, w tym pojazdów szynowych,
- badania i analizy techniczne, w tym wykonywanie okresowych przeglądów technicznych pojazdów,

- działalność usługową w zakresie naprawy, konserwacji, remontów lokomotyw kolejowych, tramwajowych oraz taboru kolejowego i tramwajowego,
- prowadzenie prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie nauk technicznych,
- inną działalność w tym: reklamę, pośrednictwo pieniężne, produkcję ciepła i pary wodnej, dystrybucję ciepła i pary wodnej, sprzedaż hurtową paliw stałych, ciekłych i gazowych oraz produktów pochodnych, sprzedaż detaliczną paliw, sprzedaż hurtową odpadów i złomu, obsługę i naprawy pojazdów mechanicznych, pomoc drogową, sprzedaż detaliczną książek, gazet i artykułów piśmiennych, sprzedaż hurtową części i akcesoriów do pojazdów mechanicznych, pozostałą sprzedaż hurtową wyspecjalizowaną oraz nie wyspecjalizowaną.

Podstawowy zakres działalności tej spółki stanowi jednak kolejowy przewóz towarów. PKP Cargo prowadzi działalność na obszarze Polski, a także poza jej granicami. Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej Spółki mimo „*szybko postępującej liberalizacji polskiego rynku kolejowych przewozów towarowych*”, PKP Cargo zachowała pozycję lidera w branży, każdego dnia spółka uruchamia średnio ponad 1000 pociągów. Jest trzecim w Europie i drugim w Unii Europejskiej kolejowym przewoźnikiem towarowym, a prawie połowę zleconych firmie usług stanowią przewozy międzynarodowe³.

Działalność operacyjną Spółki prowadzą biura Centrali, 21 zakładów przewozów towarowych, 2 zakłady przewozów towarowych i przeładunku oraz 19 zakładów taboru. Klientów zagranicznych obsługują przedstawicielstwa PKP S.A. w Niemczech, Belgii, Czechach, na Białorusi, Ukrainie i w Rosji oraz przedstawicielstwo PKP Cargo w Rosji⁴.

Oferta przewozowa PKP Cargo obejmuje:

- przewozy całopociągowe, w grupach wagonowych i w pojedynczych wagonach,
- logistyczne przewozy relacyjne i organizację zwartych, bezpośrednich przewozów w formie logistycznego systemu obsługi,
- systemowe przewozy europejskie (np. przewozy tranzytowe),
- przewozy kombinowane i kompleksową obsługę wszystkich rodzajów jednostek ładunkowych: kontenerów, naczep i nadwozi wymiennych,
- przewozy kompleksowe ACTS typu „dom-dom”,
- kolejowe przewozy promowe na trasie Świnoujście – Ystad,
- przewozy w specjalistycznych wagonach, m.in. o podwyższonej pojemności i ładowności,
- przeładunek i magazynowanie towarów w granicznych rejonach przeładunkowych w Małaszewiczach i Żurawicy/ Medyce.

Obecnie świadczenie usług przewozowych przez PKP Cargo reguluje „Regulamin sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” – obowiązujący od 1 lipca 2008 r. (zmieniany w październiku 2008 r. oraz lutym 2009 r.), a wcześniej były

³ Informacje za stroną internetową Spółki (http://www.pkp-cargo.pl/O_Firmie,33,j,1.html)

⁴ Informacje za „Raportem rocznym Grupy PKP za 2007 r.”

to wielokrotnie zmieniane „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”.

CTL Logistics Sp. z o.o.

CTL Logistics Sp. z o.o. rozpoczęła swoją działalność w dziedzinie spedycji kolejowej - głównie materiałów chemicznych - na początku lat dziewięćdziesiątych. Z chwilą liberalizacji rynku kolejowego, CTL Logistics obok działalności spedycyjnej rozpoczęła również działalność w zakresie przewozów towarów koleją. Rozwój przedsiębiorstwa zaowocował powstaniem Grupy CTL, która obecnie dysponuje własnym taborom trakcyjnym (197 lokomotyw), kilkoma tysiącami wagonów (5000), terminalami przeładunkowymi oraz agencjami celnymi. CTL Logistics deklaruje, iż jest obecnie największym prywatnym podmiotem świadczącym kolejowe przewozy towarowe w Polsce. Oferta CTL Logistics obejmuje transport kolejowy towarów, spedycję, obsługę i utrzymanie taboru i infrastruktury kolejowej, usługi przeładunkowe oraz doradztwo celne.

Spółki Grupy CTL Logistics mają swoje siedziby w Polsce oraz w Niemczech, Czechach, Rumunii i na Ukrainie. W skład grupy CTL Logistics w Polsce wchodzi ponad trzydzieści spółek, spośród których największy udział w rynku przewozowym mierzony masą przewiezionych towarów oraz wykonaną pracą przewozową ma CTL Rail Sp. z o.o. Pozostali to m.in. CTL Train Sp. z o.o., X-Train Sp. z o.o., CTL Express Sp. z o.o. oraz CTL Reggio Sp. z o.o.

Praktyka PKP Cargo

Jak wyżej wspomniano świadczenie usług przewozowych przez PKP Cargo reguluje od 1 lipca 2008 r. „Regulamin sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”, wcześniej zaś były to wielokrotnie zmieniane „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”.

Składając wniosek z dnia 22 czerwca 2006 r. o wszczęcie postępowania antymonopolowego CTL Logistics zaskarżył jako naruszające art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy § 5 ust. 6-10 „Zasad sprzedaży” obowiązujące od 1 maja 2006 r. w następującej postaci:

„6. Przedsiębiorcę, który posiada ważną licencję na wykonywanie kolejowych przewozów towarowych i faktycznie wykonuje działalność w zakresie objętym licencją, określa się mianem Konkurenta PKP CARGO S.A.

7. Konkurentem PKP CARGO S.A. jest również przedsiębiorca:

- 1) który jest przedsiębiorcą dominującym (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) w stosunku do przedsiębiorcy (tj. Konkurenta PKP CARGO S.A.), o którym mowa w ust. 6,*
- 2) wobec którego przedsiębiorca (tj. Konkurent PKP CARGO S.A.), o którym mowa w ust. 6 jest podmiotem dominującym w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,*

3) który z przedsiębiorcą, o którym mowa w ust. 6, należy do tej samej grupy kapitałowej.

8. Konkurentem PKP CARGO S.A. w rozumieniu ust. 6 i ust. 7 nie jest przedsiębiorca, który wykonuje przewozy kolejowe wyłącznie na potrzeby własne lub spółek z grupy kapitałowej, do których należy.

9. Konkurent PKP CARGO S.A. może być jednocześnie Klientem PKP CARGO S.A. w rozumieniu niniejszych Zasad sprzedaży, w zakresie realizacji:

- 1) wszelkich przewozów - na warunkach ogólnych, z zastrzeżeniem pkt 2),
- 2) przewozów towarów (poz. NHM) nie przewożonych przez Konkurenta - z zastosowaniem umów specjalnych i umów wieloletnich.

10. PKP CARGO S.A. może wypowiedzieć umowę specjalną i umowę wieloletnią zawartą z Klientem, który w okresie jej obowiązywania stanie się Konkurentem PKP CARGO S.A. w rozumieniu ust. 6 i ust. 7 i podejmie przewozy towarów (poz. NHM) objętych daną umową specjalną lub wieloletnią”.

Wyjaśnić jednocześnie należy, iż zgodnie z § 5 ust. 5 „Zasad sprzedaży” w wersji obowiązującej od dnia 1 maja 2006 r. oraz w kolejnych wersjach obowiązujących do dnia 1 lipca 2007 r. PKP Cargo oferowało realizację usług przewozowych:

- 1) na zasadach ogólnych,
- 2) z zastosowaniem umów specjalnych,
- 3) z zastosowaniem umów wieloletnich.

Według deklaracji PKP Cargo, każdy z ww. modeli współpracy jest dostępny dla wszystkich klientów na równych zasadach.

Usługi przewozowe na zasadach ogólnych to standardowa forma świadczenia usług przez PKP Cargo, która polega na świadczeniu usług w oparciu o umowy przewozu, zawierane bez dodatkowych warunków w kasach towarowych. PKP Cargo w przypadku tego typu umów nie ma możliwości zaplanowania potencjału przewozowego ani też organizacji przewozu, skutkiem czego ta forma przewozu jest najdroższa. Od dnia 1 stycznia 2004 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. Spółka stosowała przy umowach realizowanych na zasadach ogólnych stały upust od opłaty określonej w „Taryfie Towarowej PKP Cargo S.A.” w wysokości 25%.

Usługi przewozowe realizowane w ramach umów specjalnych miały na celu zaktywizowanie i ukształtowanie stabilnych i stałych kontaktów z kontrahentami w krótkim okresie czasu, tj. od 3 do 12 miesięcy. Umowy specjalne charakteryzowały się stosowaniem przez Spółkę upustów od „Taryfy Towarowej PKP Cargo S.A.” i taryf międzynarodowych. Upusty te przyznawane były zgodnie z „Zasadami sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A. – tabele upustów”, zaś ustalanie ich wielkości nie miało charakteru negocjacyjnego.

Umowy specjalne zawierane były z klientami zlecającymi do przewozu określoną ilościową masę towarów według pozycji NHM, z podziałem na kwartały kalendarzowe. W umowach tych przyznawano upusty podstawowe i dodatkowe.

Upust podstawowy ustalany był od opłaty z tytułu przewoźnego (naliczanej według właściwej taryfy) dla danego przewozu z uwzględnieniem m. in.:

- 1) sumy masy rzeczywistej towaru danej pozycji NHM lub zbioru pozycji NHM przewiezionej w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, w danym rodzaju komunikacji, lub
- 2) sumy Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI przewiezionych w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, według danej umowy w danym rodzaju komunikacji
oraz rodzaju komunikacji, odległości i relacji przewozu, rodzaju użytego do przewozu wagonu oraz technologii przewozu.

Upust podstawowy był taki sam przez cały okres obowiązywania umowy specjalnej.

Wysokość upustu dodatkowego uzależniono od wielkości zadeklarowanej masy towaru w stosunku do masy faktycznie przewiezionej w ciągu ostatnich 12 miesięcy. Upust ustalany był w wysokości od 2% do 6%.

W ramach umowy specjalnej klient zobowiązywał się do:

- zlecania do przewozu PKP Cargo w okresie trwania umowy ilości masy towarów w rozbiciu na kwartały,
- przesyłania miesięcznych harmonogramów przewozów całopociągowych w terminie do 10 dnia kalendarzowego miesiąca poprzedzającego,
- dokonywania ewentualnej korekty harmonogramów przesyłek całopociągowych z wyprzedzeniem co najmniej 14 dniowym.

Celem świadczenia **usług przewozowych w ramach umów wieloletnich** było ukształtowanie długoletnich i stabilnych stosunków biznesowych PKP Cargo S.A. z klientem, uwzględniających planowane przez klienta w przyszłości przewozy w określonych relacjach. Umowy te zawierane były z klientami deklarującymi na okres obowiązywania umowy (powyżej 12 miesięcy) zlecenie do przewozu we wskazanych przez siebie relacjach określonej ilościowo masy towarów. Upusty i inne warunki handlowe określone są w drodze negocjacji przy uwzględnieniu taryfy właściwej dla danego przewozu oraz kryteriów udzielania upustów w umowach wieloletnich.

Wspomniane kryteria określają następujące elementy:

- 1) wielkość masy towaru (wg pozycji NHM lub zbioru pozycji NHM) lub ilość Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI (lub ilość pociągokilometrów lub ilość UTI/km – dot. tylko przewozów Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI), którą Klient deklaruje do przewozu w przyjętych okresach rozliczeniowych,
- 2) udział procentowy nowych przewozów w masie zadeklarowanej ogółem,
- 3) zwiększenie średniorocznej masy w zawartej umowie wieloletniej,
- 4) rodzaj komunikacji,
- 5) okres trwania umowy wieloletniej,
- 6) szacowana średnia odległość przewozu,
- 7) organizacja i technologia przewozów,

- 8) udział masy zagrożonej zmianą kierunku dostaw, powodującą zmniejszenie odległości przewozu w masie zadeklarowanej ogółem,
- 9) udział masy przewożonej z wykorzystaniem serii wagonów o niskim współczynniku ich wykorzystania, w masie zadeklarowanej ogółem,
- 10) udział masy przewożonej z wykorzystaniem wagonów w podwójnej operacji ładunkowej, w masie zadeklarowanej ogółem,
- 11) powierzenie PKP CARGO obsługi bocznic przez Klienta (będącego nadawcą lub odbiorcą), z którym zawierana jest umowa i zadeklarowanie przewozów nadawanych/odbieranych na tej bocznicy, w ilości co najmniej 50% masy objętej umową,
- 12) kształtowanie się popytu i podaży na usługi transportowe.

W ramach umowy wieloletniej klient zobowiązuje się m.in. do:

- 1) zlecenia do przewozu PKP Cargo w ilościach rocznych określonej masy towarów;
- 2) przysyłania rocznych zestawień przewozów w rozbiciu na kwartały,
- 3) przesyłania miesięcznych harmonogramów przesyłek całopociągowych w terminie do 10 dnia kalendarzowego miesiąca poprzedzającego.

Umowa wieloletnia umożliwiała PKP Cargo dokładne dostosowanie zapotrzebowania na tabor towarowy do rzeczywistych potrzeb przewozowych oraz precyzyjne zamówienie tras kolejowych w PKP PLK S.A., zaś klientom stabilność kosztów transportu w okresie obowiązywania umowy.

PKP Cargo wielokrotnie zmieniał „Zasady sprzedaży”, a wskutek zmiany wprowadzonej w życie dnia 1 lipca 2007 r. umowy wieloletnie i specjalne zastąpione zostały przez **umowy handlowe** w ramach, których od tego czasu przewoźnik świadczy usługi przewozowe na zasadach szczególnych. Jednocześnie przez cały okres objęty niniejszym postępowaniem antymonopolowym, tj. od 1 maja 2006 r. funkcjonował system świadczenia usług przewozowych na zasadach ogólnych, w oparciu o stawki przewoźnego przewidziane w „Taryfie Towarowej PKP Cargo S.A.”. Jednakże na mocy „Regulaminu sprzedaży” w wersji obowiązującej od dnia 1 stycznia 2009 r. zniesiono stosowany przy umowach realizowanych na zasadach ogólnych stały upust w wysokości 25%.

Zgodnie ze wspomnianą wersją „Zasad sprzedaży” (obowiązującą od dnia 1 lipca 2007 r.) klient w celu zawarcia umowy handlowej powinien obligatoryjnie określić następujące parametry: okres realizacji przewozów, nazwę towaru (poz. NHM), masę towaru lub ilość Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI planowaną do przewozu z podziałem na lata i kwartały kalendarzowe, stacje nadania i przeznaczenia, graniczne stacje wejściowe i wyjściowe oraz nazwę nadawców i odbiorców i ich numery REGON.

Oprócz parametrów obligatoryjnych przy ustalaniu warunków cenowych brane są pod uwagę parametry dodatkowe, pozwalające na zoptymalizowanie procesu przewozowego i obniżenie kosztów własnych Spółki, przy uwzględnieniu których

PKP Cargo może zaproponować warunki handlowe korzystniejsze od warunków proponowanych na podstawie parametrów obligatoryjnych. Do parametrów dodatkowych według „Zasad sprzedaży” w wersji obowiązującej od dnia 1 lipca 2007 r. należały:

- masa towaru lub ilość Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI planowaną do przewozu w poszczególnych relacjach przewozowych, z podziałem na przesyłki: wagonowe i całopociągowe o określonej masie netto,
- liczba przesyłek wagonowych i całopociągowych planowanych do przewozu w tygodniu kalendarzowym w poszczególnych relacjach przewozowych,
- minimalną i maksymalną wielkość planowanych w dobie przewozów w poszczególnych relacjach przewozowych z podziałem na przesyłki: wagonowe i całopociągowe o określonej masie netto,
- liczba dni w tygodniu i dzienny czas pracy punktu załadunkowego na stacji nadania i punktu rozładunkowego na stacji przeznaczenia,
- wymagania dotyczące wagonu,
- minimalny załadunek danego towaru na wagon.

Zastępując z dniem 1 lipca 2008 r. „Zasady sprzedaży” przez „Regulamin sprzedaży” PKP Cargo określiła odrębnie parametry obligatoryjne i dodatkowe dla przesyłek o masie poniżej 800 ton netto lub przewożonych w wagonach o łącznej liczbie osi poniżej 100 oraz dla przesyłek przekraczających wspomnianą masę lub liczbę osi⁵.

Zgodnie z „Instrukcją kształtowania cen w umowach handlowych” mającą zastosowanie do usług realizowanych po dniu 1 lipca 2008 r. upust przyznawany w umowie handlowej oblicza się sumując upust bazowy i upust dodatkowy. Upust bazowy ustalany jest w oparciu o tabelę upustów (dla przesyłek o masie poniżej 800 ton netto lub przewożonych w wagonach o łącznej liczbie osi poniżej 100) lub ustalany przez Zakład lub Biuro Obsługi Klientów Zagranicznych PKP Cargo (dla przesyłek o masie co najmniej 800 ton netto lub przewożonych w wagonach o łącznej liczbie osi co najmniej 100). Natomiast upust dodatkowy wyliczany jest w oparciu o parametry dodatkowe wymienione w „Regulaminie sprzedaży”.

Umowy handlowe zawierane są na czas określony, ustalony przez strony umowy – według informacji przedstawionych przez Spółkę najkrótszy okres na jaki została zawarta umowa handlowa wynosił **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika nr 1 do decyzji]**, zaś najdłuższy **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika nr 1 do decyzji]**.

Nowe wersje „Zasad sprzedaży” PKP Cargo wprowadzało w styczniu 2007 r., czerwcu 2007 r., grudniu 2007 r., styczniu 2008 r., zaś, jak wyżej wspomniano, od 1 lipca 2008 r. obowiązuje „Regulamin sprzedaży”, zmieniony w październiku 2008 r. oraz lutym 2009 r.

⁵ W wersji „Regulaminu sprzedaży” obowiązującej od dnia 1 stycznia 2009 r. granica zróżnicowania parametrów obligatoryjnych i dodatkowych dla realizowanych przesyłek podniesiona została do 1000 ton i 120 osi.

Mimo tych zmian „Zasady sprzedaży” zawierały niezmiennie przytoczony powyżej zapis dotyczący współpracy PKP Cargo z przewoźnikiem uznanym za konkurenta. Zmieniało się jedynie jego usytuowanie w ramach dokumentu, np. w wersji „Zasad sprzedaży” obowiązującej od 1 lipca 2007 r. omawiana regulacja zawarta była w § 2 ust. 4-9. Analogiczny zapis w § 2 ust. 4-11 zawiera obowiązujący od 1 lipca 2008 r. „Regulamin sprzedaży”, który w chwili obecnej (wersja obowiązująca od 20 lutego 2009 r.) brzmi następująco:

„4. PKP CARGO S.A. oferuje realizację usług przewozowych:

1) na zasadach ogólnych, lub

2) na zasadach szczególnych, z zastosowaniem umowy handlowej.

5. Przedsiębiorcę, który wykonuje na podstawie posiadanej licencji na obszarze RP działalność w zakresie kolejowych przewozów towarowych, określa się mianem Konkurenta PKP CARGO S.A.

6. Konkurentem PKP CARGO S.A. jest również przedsiębiorca, który z przedsiębiorcą, o którym mowa w ust. 5, należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

7. Konkurentem PKP CARGO S.A. w rozumieniu ust. 5 i ust. 6 nie jest przedsiębiorca, który wykonuje kolejowe przewozy towarowe wyłącznie na potrzeby własne lub spółek z grupy kapitałowej, do której należy lub który realizuje w ramach posiadanej licencji przewozy towarów, których jest producentem.

8. Konkurent PKP CARGO S.A. może być jednocześnie Klientem PKP CARGO S.A. w rozumieniu niniejszego Regulaminu sprzedaży, w zakresie realizacji:

1) wszelkich przewozów - na warunkach ogólnych, z zastrzeżeniem pkt 2,

2) przewozów towarów (określonych w oparciu o trzy pierwsze cyfry numeru pozycji Zharmonizowanego Spisu Towarów - NHM) nie przewożonych przez Konkurenta - z zastosowaniem umów handlowych, z uwzględnieniem ust. 11.

(...)

10. PKP CARGO S.A. może wypowiedzieć umowę wieloletnią oraz umowę handlową z Klientem, który w okresie jej obowiązywania stanie się Konkurentem PKP CARGO S.A. w rozumieniu ust. 5 i ust. 6 i rozpocznie przewozy towarów (określonych zgodnie z definicją zawartą w ust. 8 pkt 2) objętych umową wieloletnią lub umową handlową”.

W myśl kwestionowanych przez Wnioskodawcę zapisów „Zasad sprzedaży” i „Regulaminu sprzedaży” podmiot uznany za konkurenta PKP Cargo może być jego klientem w zakresie przewozów towarów (określonych o oparciu o trzy pierwsze cyfry numeru pozycji Zharmonizowanego Spisu Towarów – NHM), które sam przewozi, tylko na zasadach ogólnych. Współpraca PKP Cargo i konkurenta na zasadach szczególnych, tj. w ramach umów wieloletnich, specjalnych lub w późniejszym okresie handlowych, mogła dotyczyć jedynie towarów nieprzewożonych przez konkurenta w ramach własnej działalności.

Znaczenie współpracy z klientami na zasadach szczególnych obrazują poniższe tabele prezentujące ilość poszczególnych rodzajów umów zawartych w ramach współpracy na zasadach szczególnych w latach 2004-2008 (Tabela nr 1) oraz procentowy udział towarów przewiezionych w ramach tych umów w wielkości całkowitego przewozu PKP Cargo w poszczególnych latach okresu 2006-2008 (Tabela nr 2):

Tabela 1 Ilość umów zawartych przez PKP Cargo w ramach współpracy na zasadach szczególnych w latach 2004-2008

Rok zawarcia	Umowy wieloletnie	Umowy specjalne	Umowy handlowe
2004	[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika nr 1 do decyzji]		
2005			
2006			
2007			
2008			

Źródło: PKP Cargo

Tabela 2 Procentowy udział przewozów towarowych na podstawie poszczególnych rodzajów umów w całkowitym przewozie PKP Cargo

Rodzaj umowy	2006 r.	2007 r.	2008 r.
Umowy wieloletnie	[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika nr 1 do decyzji]		
Umowy specjalne			
Umowy handlowe			

Źródło: PKP Cargo

Jak wynika z Tabeli 2 w każdym z lat okresu 2006-2008 PKP Cargo przewoziło na podstawie umów zawartych w ramach współpracy na zasadach szczególnych zdecydowaną większość masy przewiezionych towarów.

O atrakcyjności umów wieloletnich, specjalnych i handlowych dla potencjalnych klientów decydowały udzielane w ich ramach upusty od stawek przewoźnego przewidzianych w Taryfie Towarowej PKP Cargo, osiągające w okresie 2006-2008 maksymalnie: [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika nr 1 do decyzji].

Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.). PKP Cargo, postawiono zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt. 5 ww. ustawy.

W dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Zgodnie z art. 131 ust. 1 tej ustawy, do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. W związku z powyższym, decyzja w niniejszej sprawie została wydana na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Interes publicznoprawny

Podstawą zastosowania przepisów ustawy antymonopolowej jest uprzednie stwierdzenie przez Prezesa UOKiK, iż w wyniku stosowania praktyki zarzucanej stronie lub stronom postępowania doszło lub też mogło dojść do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem ustawa antymonopolowa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznoprawnym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Powyższe przesądza o publicznoprawnym charakterze ustawy antymonopolowej oraz o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych czy grupowych. Taką wykładnię przepisu potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również „SOKiK”). W wyroku z dnia 28 maja 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 82/00) Sąd stwierdził, że *„podstawą do zastosowania przepisów ustawy antymonopolowej jest uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny”*, a *„słowo publiczny oznacza ‘dotyczący ogółu’, a nie indywidualnej osoby czy też określonej grupy”*.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 22 maja 2002 r., sygn. akt XVII Ama 54/01, SOKiK stanął na stanowisku, że *„pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany co do swych wymagań. Organ administracji publicznej – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, powinien w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji być rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 kpa.”*⁶.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 1217/98, odnosząc się do poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. *o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów*. Sąd ten stwierdził, iż ustawa ta miała charakter publicznoprawny i służyła (podobnie jak ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*) ochronie ogólnospołecznego interesu. Znajdowała zatem zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony był interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Ustawa chroniła zatem konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać zaś jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc, gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacja pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Ustalenia powyższe można również odnieść do obecnie obowiązującej ustawy antymonopolowej.

⁶ Identyczne stanowisko SOKiK zajął w wyroku z dnia 4 kwietnia 2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

Powyższe tezy Sąd Najwyższy potwierdził w wyroku z dnia 24 lipca 1993 r. w sprawie sygn. akt I CKN 496/01, w którym zważył, iż: *„Ochrona konkurencji polega na przeciwdziałaniu monopolizacji rynku, rozumianej jako narzucanie przez podmiot dominujący warunków umownych niekorzystnych dla jego kontrahentów. Ochrona ta nie ogranicza się przy tym do sytuacji, kiedy doszło już do pokrzywdzenia kontrahenta przez monopolistę, lecz obejmuje także istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego w obu ustawach jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny”*.

Ponadto Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 12 września 2003 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 504/01, zwrócił również uwagę, że nie można wykluczyć istnienia interesu publicznego i prowadzenia postępowania na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdy zagrożone są interesy jednego konsumenta: *„Orzeczenie wydane w tego rodzaju sprawie ma wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczby kolejnych potencjalnych konsumentów”*.

W niniejszej sprawie postępowanie dotyczy zmian wprowadzonych w „Zasadach sprzedaży” i obowiązującym obecnie „Regulaminie sprzedaży”, a dotyczących współpracy PKP Cargo w ramach umów wieloletnich, specjalnych i handlowych z kontrahentami prowadzącymi jednocześnie działalność konkurencyjną w stosunku do ww. przewoźnika oraz podmiotami należącymi do ich grup kapitałowych.

W ocenie organu antymonopolowego praktyka zarzucana PKP Cargo wywiera wpływ na interesy szerokiego kręgu podmiotów działających na rynku przewozów towarowych koleją. Dotknięci omawianą zmianą „Zasad sprzedaży” zostali wszyscy konkurenci PKP Cargo – nie mogli oni bowiem nawiązać w zakresie przewożonych przez siebie towarów, współpracy ze Spółką w ramach umowy wieloletniej, specjalnej oraz nie mogą nadal nawiązać takiej współpracy w ramach umowy handlowej. Tak więc opisywane działanie PKP Cargo dotyczyło i dotyczy w sposób bezpośredni wszystkich podmiotów prowadzących działalność w zakresie przewozu towarów koleją.

Zaskarżone zmiany „Zasad sprzedaży” ograniczają dostęp do rynku usług przewozowych towarów koleją, również innym przedsiębiorcom, którzy zamierzają dopiero podjąć działalność przewozową. Zgodzić się należy z Wnioskodawcą, iż działania PKP Cargo zmierzają do ograniczenia dostępu klientom do usług przewozów kolejowych towarów świadczonych przez innych przewoźników, którzy mogliby być konkurencyjni wobec spółki.

Podsumowując należy więc stwierdzić, że zarzucana PKP Cargo praktyka dotknie interesów następujących podmiotów:

- przewoźników kolejowych świadczących usługi towarowego przewozu koleją,
- podmiotów zamierzających taką działalność potencjalnie podjąć,
- podmiotów zlecających przewozy towarowe koleją.

Nie zasługuje zatem na uwzględnienie argument PKP Cargo, iż CTL Logistics jest jedynym podmiotem uznającym zarzucaną Spółce praktykę za ograniczającą konkurencję, a nadto czyniącym to w celu „*złatwienia indywidualnych, prywatnych sporów*”. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem, że PKP Cargo chcąc chronić własne interesy ekonomiczne przed określonymi działaniami dwóch konkurencyjnych przewoźników (Spółka wskazuje wyraźnie na działania tylko CTL Logistics i **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika nr 1 do decyzji]**) uznawanymi za nieuczciwe skonstruowała politykę handlową uderzającą w szeroki krąg podmiotów funkcjonujących na rynku właściwym, ich kontrahentów, a pośrednio także konsumentów. Jednocześnie wskazać należy, że nawet gdyby przyjąć (hipotetycznie), iż opisywane przez Spółkę zachowanie Wnioskodawcy miało charakter czynu nieuczciwej konkurencji, to reakcja na nie PKP Cargo była nieproporcjonalna jeśli chodzi o zakres jej oddziaływania i spowodowała zaistnienie przesłanki naruszenia interesu publicznoprawnego. PKP Cargo powinien był zabezpieczyć swoje interesy przed niełojalnym, w swojej ocenie, zachowaniem kontrahenta w sposób nie naruszający przepisów Ustawy, podejmując odpowiednie działania w stosunku do konkretnych podmiotów, nie zaś zmieniając treść „Zasad sprzedaży” skierowanych do wszystkich rzeczywistych lub potencjalnych kontrahentów.

Wobec powyższego, z uwagi na szeroki krąg podmiotów dotkniętych zarzucaną PKP Cargo praktyką (czy to faktycznie czy też potencjalnie) stwierdzić należy, iż sprawa niniejsza ma charakter publicznoprawny, a tym samym Prezes UOKiK może ją rozstrzygnąć w drodze postępowania antymonopolowego.

Rynek właściwy w sprawie

Działania przedsiębiorców, które mogą stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na rynku właściwym. Ustalenie rynku właściwego w danej sprawie ma zatem istotne znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy antymonopolowej. Przepis art. 4 pkt 8 Ustawy definiuje pojęcie rynku właściwego jako rynku 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 rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Natomiast towarem w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy antymonopolowej są rzeczy, jak również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. Rynek właściwy należy wyznaczyć pod względem przedmiotowym (rynek produktowy) oraz terytorialnym (rynek geograficzny).

Identyfikacja rynku właściwego jest wynikiem połączenia między rynkami towarów wzajemnie wymiennych i geograficznym zasięgiem terytorium, na którym dochodzi do wymiany tych produktów. Na zasadnicze znaczenie, jakie dla stosowania przepisów ustawy antymonopolowej ma ustalenie granic rynku relewantnego wskazuje

orzecznictwo antymonopolowe. W wyroku z dnia 26 października 1994 r.⁷, Sąd Antymonopolowy przyjął, iż wyznaczenie rynku polega na przeprowadzeniu analizy działalności podmiotów gospodarczych pod kątem segmentacji jakiejś sfery produkcji lub obrotu, aby na tej podstawie wyodrębnić kilka rynków, w tym rynek właściwy w danej sprawie (tzw. rynek relewantny). Następnie w wyroku z dnia 18 grudnia 2002 r. SOKiK dodał, iż wyznaczenie relewantnego rynku jest koniecznym warunkiem zastosowania ustawy antymonopolowej do postępowań toczących się w jej trybie. Rynek relewantny wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym⁸.

W przedmiotowej sprawie organ antymonopolowy uznał, iż rynkiem właściwym jest krajowy rynek przewozów towarów kolejną. Podzielił zatem argumentację przedstawioną w tym zakresie przez Wnioskodawcę. Uzasadniając powyższe należy wskazać co następuje.

a) rynek produktowy

Towary mogą być przewożone różnymi rodzajami transportu. Obok transportu kolejowego, wymienić należy tutaj transport drogowy, rurociągowy, lotniczy oraz żeglugę morską i śródlądową. Przedstawione przez Prezesa UOKiK poniższe dane wskazują na masę przewożonych towarów, średnie odległości na jakich są one transportowane oraz na udział poszczególnych rodzajów przewozów w transporcie ogółem:

Tabela 3 Przewozy ładunków wg rodzajów transportu w 2007 r.

Rodzaj transportu	Tony (w tys. ton)	Tonokilometry (w mln.)	Średnia odległość przewozu 1 tony ładunku w km
Ogółem	1 532 728	267 309	-
Transport kolejowy	245 346	54 253,3	221
Transport samochodowy	1 213 246	159 527,1	131
Transport rurociągowy	52 866	23 513,2	445
Żegluga śródlądowa	9 792	1 337,9	137
Żegluga morska	11 432	28 579,6	2 500
Transport lotniczy	46	97,8	2 126

Źródło: GUS: Transport – wyniki działalności w 2007 r., str. 84

Udział poszczególnych gałęzi transportu w wynikach transportu ogółem w 2007 r. przedstawiają poniższa tabela i wykres:

⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 października 1994 r., sygn. akt XVII Amr 24/94

⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01

Tabela 4 Udział poszczególnych gałęzi transportu w rynku usług przewozu ładunków

Rodzaj transportu	Tony	Udział
	(w tys. ton)	(w %)
Ogółem	1 532 728	100,00%
Transport kolejowy	245 346	16,01%
Transport samochodowy	1 213 246	79,16%
Transport rurociągowy	52 866	3,44%
Żegluga śródlądowa	9 792	0,64%
Żegluga morska	11 432	0,75%
Transport lotniczy	46	0,00%

Źródło: Obliczenia na podstawie danych GUS

Wykres 1 Udział poszczególnych gałęzi transportu w rynku usług przewozu ładunków



Źródło: Obliczenia na podstawie danych GUS

Jak wynika z powyższego zestawienia przewóz towarów w Polsce jest prowadzony głównie w drodze transportu samochodowego i kolejowego, które razem realizowały w 2007 r. około 95% tonażu całości przewozów ładunków.

Trendy zachodzące w sektorze transportu w dłuższym okresie obrazuje poniższa tabela przedstawiająca wielkość przewozów poszczególnymi rodzajami transportu w okresie 2000-2006.

Tabela 5. Przewozy ładunków (w tys. ton) poszczególnymi rodzajami transportu w Polsce w latach 2001-2006

Transport	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Samochodowy	996 517	931 190	911 997	956 939	1 079 761	1 113 880
Kolejowy	166 856	222 908	241 629	278 801	268 499	286 523
Rurociągowy	45 301	46 132	51 782	53 378	54 259	55 631

Żegluga morska	22 426	25 222	25 435	22 499	9 362	10 021
Żegluga śródlądowa	10 255	7 729	7 968	8 747	9 607	9 271
Transport ogółem	1 241 355	1 233 181	1 238 811	1 320 393	1 421 522	1 475 362

Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW oraz z Głównego Urzędu Statystycznego.

Spośród ww. rodzajów transportu, żeglugę śródlądową oraz morską, transport rurociągowy i lotniczy cechują znaczne ograniczenia infrastrukturalne, wpływające na małą dostępność tego typu usług oraz stosunkowo niewielką elastyczność przy zmianie relacji, co powoduje, iż usługi transportu kolejowego nie są substytucyjne w stosunku do wymienionych innych rodzajów transportu.

Żegluga śródlądowa ograniczona jest zasięgiem i biegiem szlaków wodnych. Większość rzek w Polsce nie posiada również odpowiedniej infrastruktury do prowadzenia sprawnego transportu barkami na całej długości rzek, co sprawia, iż ten rodzaj transportu stanowi marginalną część transportu towarów ogółem w Polsce.

Podobnie ograniczone znaczenie ma żegluga morska, która może być substytutem dla innych rodzajów transportu jedynie w odniesieniu do połączeń między portami wzdłuż linii wybrzeża. Jednakże np. większość transportu towarowego surowców w Polsce odbywa się w relacjach od miejsca, gdzie dany surowiec jest wydobywany, do zakładów przetwórczych. Główne ośrodki przemysłowe znajdują się w południowej i centralnej części Polski. Podkreślenia wymaga fakt, że mimo stosunkowo niskich kosztów transportu wodnego, jego udział nie przekracza 1,4%.

Jeszcze bardziej marginalnym rodzajem transportu pozostaje transport lotniczy. Spowodowane to jest przede wszystkim wysokimi kosztami stałymi oraz słabo rozbudowaną infrastrukturą lotniczą w Polsce. Jest również oczywiste, iż towarów nie można przewozić bezpośrednio z punktu nadania do ostatecznego punktu odbioru wyłącznie za pomocą tego rodzaju transportu. Konieczność dostarczania przewożonego towaru na lotnisko i odbioru z lotniska za pomocą innych środków transportu, czyni transport lotniczy, szczególnie w odniesieniu do towarów masowych, skomplikowanym i bardziej kosztownym od innych możliwości przewozu towarów.

Transport rurociągowy, podobnie jak żegluga śródlądowa, ma również ściśle ograniczony, przez swoją sieć, zasięg geograficzny. Dodatkowo należy wskazać, iż za pomocą rurociągów można transportować tylko określone grupy towarów.

Porównując natomiast kolejowy i samochodowy transport towarów należy zwrócić uwagę na przedstawione w tabeli nr 3 dane dotyczące średniej odległości (w km) przewozu 1 tony ładunku, które świadczą, iż transport samochodowy ma w

większym stopniu charakter lokalny (średnia odległość przewozu - 131 km, przy 221 km w transporcie kolejowym). Porównanie tych wskaźników z przewozem w tonokilometrach prowadzi do wniosku, iż transport koleją towarów charakteryzuje się również znacznie większą masą przewożonych towarów.

Koleją przewozi się w większości towary, których transport następuje w ilościach masowych (węgiel, koks, kruszywa). Jest to jedna z istotniejszych cech charakterystycznych dla transportu towarów koleją, wskazująca na brak substytucyjności poszczególnych rodzajów transportu w stosunku do transportu kolejowego.

Kwestia substytucyjności transportu kolejowego i samochodowego badana była przez Prezesa UOKiK w toku postępowania wyjaśniającego w sprawie badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei, sygn. akt DAR-401-3/07/DW, którego wynikiem jest „Raport z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei w latach 2004-2006”.

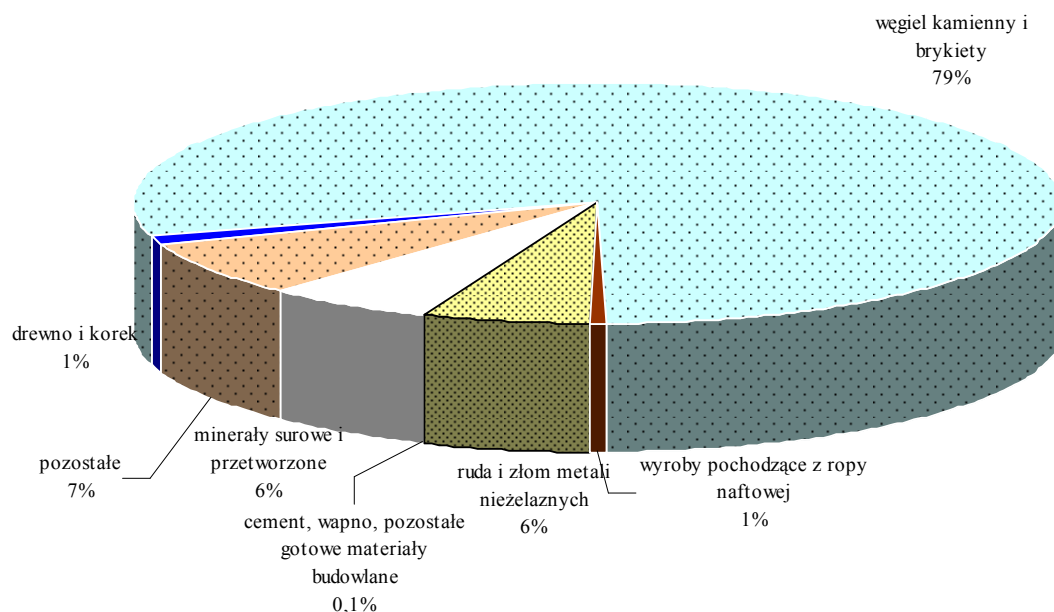
Z relacji przewoźników kolejowych badanych w ww. postępowaniu wyjaśniającym wynika, iż o wyborze przez nabywców towarów usług transportu kolejowego w głównej mierze decyduje większa, w porównaniu do samochodów, możliwość przewozu towarów masowych, takich jak: węgiel, paliwa stałe, paliwa płynne, czy gazy skroplone. Ponadto, bardzo istotna przy wyborze tego środka transportu jest większa opłacalność przewozu ładunków na duże odległości w przeciwieństwie do transportu samochodowego. Ważną kwestią jest także posiadanie przez nadawców i odbiorców towarów infrastruktury kolejowej w postaci m.in. bocznic kolejowych, które umożliwiają załadunek towaru u nadawcy i wyładunek u nabywcy.

Ankietowani przewoźnicy, spośród głównych cech charakteryzujących transport towarów koleją, wymienili dodatkowo następujące:

- możliwość przewozu ładunków ponadgabarytowych (o nietypowych wymiarach lub wyjątkowo ciężkich) oraz towarów niebezpiecznych,
- wysokie bezpieczeństwo przewozu (mała wypadkowość),
- mała wrażliwość na warunki atmosferyczne i związana z tym stosunkowo wysoka niezawodność kursowania pociągów,
- proekologiczny charakter transportu kolejowego.

Z informacji pochodzących od nabywców usług transportowych wynika, iż przewozy towarów koleją i samochodami posiadają zdecydowanie odmienną strukturę. Widać to na poniższych wykresach.

Wykres 2. Struktura procentowa przewozów towarów koleją w 2006 r.

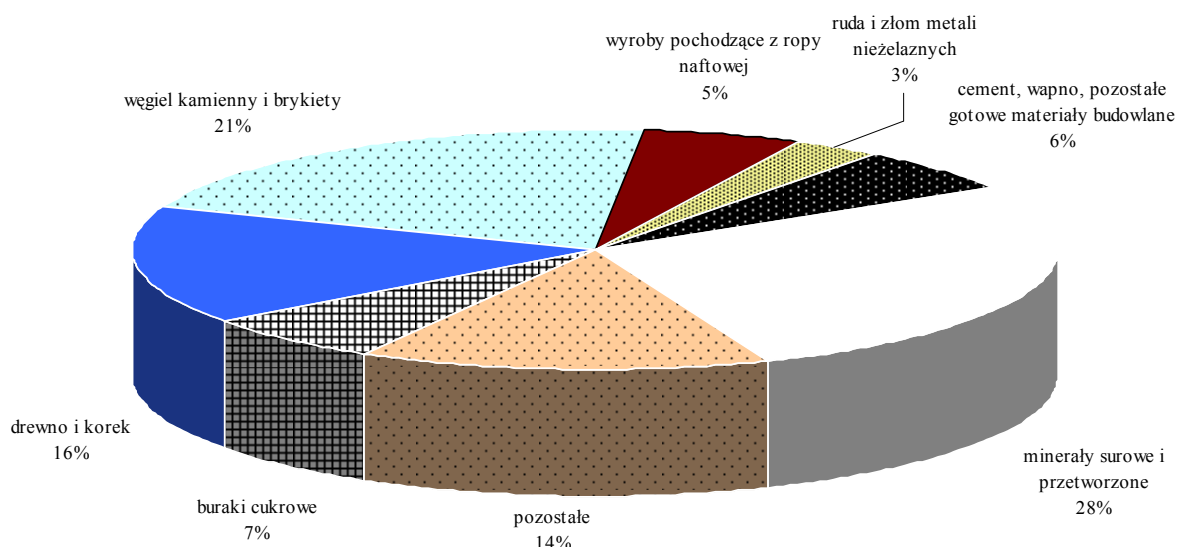


Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

Koleją w przeważającej ilości transportowane były towary z grupy węgiel kamienny i brykiety (79%), minerały surowe i przetworzone (6%) oraz ruda i złom metali nieżelaznych (6%).

Samochodami w największych ilościach przewożono minerały surowe i przetworzone (28%), węgiel kamienny i brykiety (21%) oraz drewno i korek (16%).

Wykres 3. Struktura procentowa przewozów towarów samochodami w 2006 r.



Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

Nadmienić należy, iż analiza wypowiedzi przewoźników kolejowych wykazała, iż prowadzenie usług transportu kolejowego i samochodowego charakteryzuje się odmiennymi barierami dostępu do rynku. Takiego zdania było aż 92% przewoźników kolejowych. Według nich różnice wynikają głównie z konieczności posiadania: 1) dostępu do infrastruktury, w przypadku kolei do infrastruktury kolejowej bocznic, 2) odpowiedniego sprzętu do załadunku i wyładunku towarów, 3) taboru kolejowego oraz 3) wykwalifikowanych pracowników z uprawnieniami kolejowymi.

Z uzyskanych w ankiecie odpowiedzi od przedsiębiorców działających na rynku transportu towarów koleją wynika, iż 13% działa równolegle na rynku transportu towarów samochodami, a następne 10% rozważa rozszerzenie swoich usług na ten rynek. W tej grupie firm zróżnicowane jest postrzeganie usług transportu koleją i samochodowego. Prawie połowa firm (43% respondentów), uważa, że są to usługi względem siebie komplementarne, a niespełna 15% uznaje je za względem siebie substytucyjne.

Powodami braku zainteresowania świadczeniem usług transportu samochodami (77% ankietowanych przewoźników) w głównej mierze są, w opinii przedsiębiorców, wysokie koszty związane z przekwalifikowaniem całej kadry pracowniczej i pozyskaniem niezbędnego taboru. Takie opinie również świadczą, w ocenie Prezesa UOKiK, na korzyść tezy, iż rynki przewozu towarów koleją i samochodami nie są względem siebie substytucyjne, a co najwyżej komplementarne, z czego wynikałoby, iż należą do odrębnych rynków właściwych.

Jedną z cech decydujących o wyodrębnieniu produktowym jest występowanie po stronie podaży prawnych, organizacyjnych i inwestycyjnych barier wejścia na rynek

transportu kolejowego. Wspomnieć w tym miejscu należy, iż także nabywcy usług transportowych nie wydają się postrzegać obydwu środków transportu jako bliskich substytutów. Tylko w przypadku niektórych grup towarów wskazują oni na kolej i samochody jako względem siebie substytucyjne. Jednak należy mieć na uwadze, iż kolej i samochody mogą faktycznie realizować transport tych samych towarów, aczkolwiek odbywa się on na inne odległości (co do zasady kolej realizuje przewozy na większe odległości) i w większości przypadków można zaobserwować skłonność odbiorców w kierunku wyboru określonego środka transportu (widać to wyraźnie na przykładzie transportu minerałów surowych i przetworzonych gdzie przewozy samochodowe stanowiły niemalże 90% na średnią odległość 29 km, a koleje realizowały pozostałe 10% średnio na odległość 197 km).

Na podstawie uzyskanych w ramach wspomnianego badania rynku informacji stwierdzić można, iż o tym, że rynki transportu towarów kolejną i samochodami należą do odrębnych produktowo rynków właściwych decydują m.in. poniższe cechy zidentyfikowane przez przewoźników kolejowych:

- konieczność poniesienia znaczących kosztów w momencie wejścia na rynek transportu kolejowego (koszty uzyskania licencji i dostępu do infrastruktury, zakupu lokomotyw i wagonów, pozyskania wykwalifikowanych pracowników itd.), z czego większość stanowią koszty utopione – niemożliwe do odzyskania w przypadku chęci przekwalifikowania działalności gospodarczej np. na transport samochodowy oraz
- bardzo mała (w porównaniu z transportem samochodowym) możliwość elastycznego podejścia do zlecanych przewozów, w szczególności przewoźnik kolejowy nie ma możliwości realizacji zleceń *ad hoc*, jako że jest całkowicie związany rozkładem jazdy przyjętym przez właściciela infrastruktury (PKP PLK), i nie może pozwolić sobie na odstępstwa od niego; z oczywistych względów przewoźnik samochodowy jest w tym momencie uprzywilejowany, jako że nie musi martwić się o możliwość skorzystania z infrastruktury drogowej⁹, a jedynym ograniczeniem będzie dostępność samochodów.

Przyjęte przez Prezesa UOKiK stanowisko odnośnie rynku właściwego w sprawie pokrywa się z podejściem prezentowanym we wspólnotowym¹⁰ oraz brytyjskim orzecznictwie w sprawach praktyk monopolistycznych w sektorze transportu. Szczególnie warta wspomnienia w tym kontekście wydaje się decyzja brytyjskiego regulatora kolejowego (*Office of Rail Regulation*, dalej: ORR) z dnia 17 listopada 2007 r. w sprawie nadużycia pozycji dominującej przez EWS na krajowym rynku przewozu węgla kolejną poprzez działania na rzecz uniemożliwienia lub ograniczenia dostępu do rynku przewozu węgla kolejną potencjalnym konkurentom. W swojej

⁹ Podstawą ograniczeń jest w tym przypadku rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 sierpnia 2003 r. w sprawie okresowych ograniczeń oraz zakazu ruchu niektórych rodzajów pojazdów na drogach (Dz. U. Nr 161, poz. 1565).

¹⁰ Problemem definiowania rynku właściwego w sektorze transportu towarów Komisja Europejska zajmowała się w postępowaniach zakończonych następującymi decyzjami: Stinnes/BLT z dnia 4 lutego 1998 r. (IV/M.1056), Post/ASG z dnia 8 lipca 1999 r. (COMP/M.1549), Deutsche Bahn/Stinnes z dnia 11 lutego 2002 r. (COMP/M.2632), Arcelor/SNCFL/CFL Cargo z dnia 9 października 2006 r. (COMP/M.4294), Deutsche Bahn/EWS z dnia 6 listopada 2007 r. (COMP/M.4746).

decyzji ORR bardzo obszernie uzasadniło, dlaczego zdecydowało się na definicję rynku relewantnego, jako rynku transportu węgla koleją. W ramach analizy strony popytowej na rynku właściwym ORR rozważyło substytucyjność ze strony transportu samochodowego oraz żeglugi śródlądowej, ostatecznie jednak uznało, że żaden z tych środków nie stanowi wystarczająco bliskiego substytutu względem transportu koleją, aby uwzględnić go w definicji rynku właściwego. W szczególności transport samochodowy został odrzucony z m.in. takich względów jak: ograniczenia w ładowności, występowanie wysokich kosztów dodatkowych dla wytwórców, także związanych z przystosowaniem elektrowni do odbioru transportu samochodowego oraz większe prawdopodobieństwo kradzieży, a ponadto wpływ czynników związanych z bezpieczeństwem i dbaniem o środowisko naturalne. Podobnie analiza strony podaźowej na rynku właściwym wykazała, iż ograniczenie definicji rynku właściwego do przewozów węgla koleją jest całkowicie uzasadnione, do czego przyczyniło się m.in. zidentyfikowanie następujących barier wejścia: ograniczone możliwości zaopatrywania się w wagony przystosowane do przewozu węgla – słaba dostępność starych wagonów i ograniczenia infrastrukturalne w użytkowaniu większych nowszych wagonów; wystarczająca przepustowość obecnie wykorzystywanych wagonów przewożących węgiel; konieczność poniesienia kosztów utopionych oraz długi czas oczekiwania na realizację zamówień składanych na wagony; trudności ze zbyciem zakupionych wagonów w przypadku chęci wycofania się z rynku, związane z brakiem alternatywnych zastosowań oraz wystarczającą przepustowością obecnie wykorzystywanych wagonów; dostęp do torów kolejowych; zmienność popytu, co wpływa negatywnie w związku z wymogiem stawianym przed nowymi uczestnikami rynku posiadania w swojej dyspozycji wystarczających zdolności przewozowych, aby móc zaspokoić zgłaszany popyt na przewóz węgla koleją. Ponadto jako rynek właściwy geograficznie uznano rynek krajowy tj. teren Wielkiej Brytanii.

Nadmienić także należy, iż stanowisko Prezesa UOKiK odnośnie rynku właściwego znajduje potwierdzenie zarówno w dotychczasowych decyzjach organu¹¹ jak i orzecznictwie SOKiK¹² i Sądu Apelacyjnego w Warszawie¹³. W żadnym z wyroków sądów obu instancji nie zostało zakwestionowane przyjęte przez organ antymonopolowy w decyzjach dotyczących praktyk PKP Cargo, określenie krajowego rynku kolejowych przewozów towarowych jako rynku właściwego w sprawie.

b) rynek geograficzny

Określając geograficzny wymiar rynku, organ antymonopolowy uznał, iż zbliżone warunki konkurencji występują na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a zatem pozycję PKP Cargo należy określić na tym właśnie rynku. Ustalając obszar

¹¹ Decyzje Prezesa Urzędu: z dnia 17 czerwca 2004 r. Nr 50/2004, z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04; z dnia 31 grudnia 2005 r. Nr DOK-172/05, z dnia 27 lipca 2007 r. Nr DOK-94/07 – jedynie ostatnia z wymienionych decyzji nie jest prawomocna.

¹² Wyroki SOKiK: z dnia 26 lutego 2007 r. w sprawach: XVII AmA 41/06 i XVII AmA 43/06, z dnia 12 lipca 2007 r., w sprawach: XVII AmA 72/05 i XVII AmA 73/05, z dnia 25 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII AmA 133/07, postanowienie SOKiK z dnia 30 czerwca 2005 r., sygn. akt XVII AmA 43/05

¹³ Wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie: z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawach: VI ACa 1144/07 i VI ACa 1162/07, z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawach: VI ACa 1577/07 i VI ACa 529/08.

geograficzny rynku do terytorium Polski, organ antymonopolowy wziął pod uwagę poniższe informacje.

Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. *o transporcie kolejowym* (Dz. U. Nr 96, poz. 591 z późn. zm.) wskazywała w art. 10 ust. 5, iż „udostępnianie linii kolejowych zagranicznemu przewoźnikowi kolejowemu następuje, jeżeli tak stanowi umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną”. Na podstawie tej ustawy koncesje na wykonywanie przewozów kolejowych wydawane były przez Ministra Infrastruktury przewoźnikom kolejowym na czas określony, przy zastosowaniu ograniczeń obszarowych lub asortymentowych. Wskutek powyższego, ustawa ta sankcjonowała bariery prawne, które nie pozwalały zagranicznym przewoźnikom kolejowym prowadzić działalności na terytorium Polski. Następnie ww. ustawa została uchylona ustawą z dnia 29 marca 2003 r. *o transporcie kolejowym* (Dz. U. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.). Ten akt prawny zastąpił obowiązek uzyskania koncesji koniecznością zdobycia licencji, wskazując jednocześnie jako organ regulacyjny odpowiedzialny za wydawanie licencji, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Zgodnie z przepisem art. 43 ust. 3 ww. ustawy potwierdzeniem zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego są również licencje wydane przez właściwe władze innych państw członkowskich Unii Europejskiej. Pomimo jednak istnienia tego przepisu, którego wprowadzenie było uzasadnione koniecznością dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej, konkurencja na rynku przewozów towarowych koleją nie uległa znaczącemu wzmocnieniu. Stało się to głównie z uwagi na fakt, iż w zakresie transportu kolejowego Polska uzyskała okres przejściowy do 31 grudnia 2006 r., w odniesieniu do dyrektywy 91/440 zmienionej dyrektywą 2001/12, określających zasady dostępu dla licencjonowanych przedsiębiorstw kolejowych do sieci Transeuropejskich Kolejowych Sieci Towarowych TERFN (Trans-European Rail Freight Network) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz odnośnie zobowiązania do udostępnienia rocznej ogólnej zdolności przepustowej licencjonowanym przedsiębiorstwom kolejowym w wysokości 20%. Jednocześnie Polska zobowiązana została do przyznania międzynarodowym przedsiębiorstwom kolejowym i przedsiębiorstwom wykonującym przewozy kombinowane, nieograniczonego dostępu do polskiej sieci kolejowej w celach wykonywania przewozów międzynarodowych i tranzytu. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż z dniem akcesji Polski do Unii Europejskiej nie nastąpiła pełna liberalizacja rynku towarowych przewozów kolejowych i w znaczący sposób nie zmieniła się pozycja PKP Cargo na tym rynku.

Z dniem 1 stycznia 2007 r. rynek przewozów towarów koleją otworzył się na zagraniczną konkurencję. Oznacza to, iż przewoźnicy kolejowi posiadający licencję na wykonywanie działalności transportowej w dowolnym kraju członkowskim mogą dokonywać przewozów towarów na terytorium całej Unii Europejskiej.

Jednak jak stwierdzono w *Raporcie z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei*: „Ocena się, iż liberalizacja rynku nie wpłynie, przynajmniej w najbliższym okresie, na zwiększenie przewozów krajowych

przewoźników do Unii Europejskiej. Powodem jest brak odpowiednio przystosowanego taboru do poruszania się po terytorium innych państw członkowskich". Jednocześnie 55% ankietowanych przewoźników stwierdziło, iż liberalizacja rynku nic dotychczas nie zmieniła, a tylko 16% uważa, że nastąpiły zmiany.

Na krajowy charakter rynku wskazują także bariery prawne w transporcie towarów kolejną spoza Polski wymieniane przez przewoźników¹⁴ ankietowanych we wzmiankowanym badaniu stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei, tj.:

- nieodpowiednie uregulowania prawne w ruchu transgranicznym,
- porozumienia transgraniczne na niektórych przejściach kolejowych dopuszczające jedynie przewozy narodowego przewoźnika (PKP Cargo),
- brak zgody PKP Cargo na współużytkowanie terminali granicznych przez innych przewoźników,
- brak regulacji prawnych dotyczących działalności kolejowych przewoźników prywatnych w zakresie przekazywania wagonów/towarów przez granice oraz rozliczania kosztów ich pobytu na terytoriach innych zarządców infrastruktury,
- możliwość wjazdu na terytorium Niemiec tylko po uprzednim zawarciu umowy granicznej bądź posiadaniu homologacji w obu krajach (wywozu i wwozu towarów).

Na występowanie barier prawnych w transporcie towarów kolejną skarżyło się również PKP Cargo. Spółka wskazała na problemy związane z występowaniem dwóch odmiennych systemów prawa transportowego funkcjonujących w Europie, a więc i w Polsce od ponad pół wieku:

- Umowy Międzynarodowego Przewozu Towarów Kolejami (CIM), regulującej zasady przewozów ładunków między Polską i Europą Zachodnią oraz
- Umowy o Międzynarodowej Komunikacji Towarowej (SMGS), regulującej zasady przewozów ładunków między krajami Europy Centralnej i byłego ZSRR.

Systemy te regulowały m.in. zasady międzynarodowych przewozów ładunków kolejną. W każdym z systemów nadawca i odbiorca ładunku posiadał inne prawa i zmieniała się odpowiedzialność przewoźnika za przewożony towar. W znacznym stopniu utrudniały one organizację przewozów w związku z koniecznością wymiany dokumentów przewozowych CIM na SMGS lub odwrotnie na granicy obu systemów prawnych.

Ponadto ankietowani przewoźnicy zwrócili uwagę na następujące bariery o charakterze pozaprawnym utrudniające transport kolejną spoza Polski:

- wysokie koszty dostępu do infrastruktury kolejowej i pozostałe koszty wpływające na opłacalność przewozów,
- trudności z zatrudnieniem pracowników o wymaganych kwalifikacjach kolejowych lub wysokie koszty kształcenia pracowników,

¹⁴ Aż 52% przewoźników, którzy odpowiedzieli Prezesowi UOKiK wskazało na takie bariery.

- bariery językowe,
- niedostateczna przepustowość przejść granicznych,
- różnica w szerokości torów w Polsce i innych krajach,
- występowanie różnych systemów zasilania trakcji (np. w Polsce prąd stały o natężeniu 3 kV, natomiast w Niemczech prąd zmienny o natężeniu 15 kV).

Reasumując, na potrzeby niniejszej decyzji, obszar Polski należy uznać za obszar, na którym panują zbliżone warunki konkurencji w wykonywaniu kolejowych przewozów towarowych.

Mając na uwadze powyższe rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek towarowych przewozów kolejaj.

Pozycja dominująca PKP Cargo

Możliwość stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o którym mowa w art. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, iż przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na zidentyfikowanym w sprawie rynku właściwym.

Ustalając, czy PKP Cargo ma na rynku właściwym w niniejszej sprawie pozycję dominującą należy mieć na uwadze definicję zawartą w art. 4 pkt 9 Ustawy. Zgodnie z przywołanym przepisem, przez „pozycję dominującą” rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się przy tym, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

Jak powszechnie wiadomo do niedawna PKP Cargo (dawniej PKP S.A. oraz PKP Przedsiębiorstwo Państwowe) zajmowało na rynku właściwym w niniejszej sprawie pozycję monopolistyczną – określaną w doktrynie jako kwalifikowana postać pozycji dominującej - tzn. było jedynym podmiotem świadczącym tego rodzaju usługi. W chwili obecnej, pomimo stworzenia podstaw prawnych do zaistnienia konkurencji, PKP Cargo nadal posiada bardzo silną pozycję na rynku. Nadto sam fakt przynależności PKP Cargo do grupy kapitałowej PKP zajmującej się w sposób kompleksowy transportem kolejowym, usługami okołoprzewozowymi, jak i zarządzaniem infrastrukturą kolejową (poprzez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) powoduje, iż podmiot ten posiada znaczącą przewagę ekonomiczną, logistyczną, organizacyjną oraz techniczną nad innymi przedsiębiorcami świadczącymi kolejowe usługi przewozu towarów.

W orzeczeniu z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie Hoffman-La Roche przeciwko Komisji (sprawa nr 85/76), Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich stwierdził, iż dowodem istnienia pozycji dominującej jest posiadanie przez danego przedsiębiorcę wysokiego udziału w rynku. Za inny znaczący czynnik wyznaczający

istnienie pozycji dominującej Trybunał uznał stosunek udziału w rynku danego przedsiębiorcy – dominanta do udziałów jego konkurentów, zwłaszcza zajmujących kolejne pozycje pod względem udziału w danym rynku.

Przedstawione poniżej dane liczbowe obrazują potencjał rynkowy zarówno PKP Cargo jak i jego konkurentów.

Poniższa tabela przedstawia udziały rynkowe 7 największych przewoźników kolejowych w 2007 r. mierzone wielkością przewiezionych ładunków oraz wykonanej pracy przewozowej:

Tabela 6 Wielkość przewozów i udziały rynkowe największych przewoźników w 2008 r.

Przewoźnik	Przewozy		Udział w rynku	
	<i>tys. ton</i>	<i>tys. tono-km</i>	<i>Wg masy ładunków</i>	<i>Wg pracy przewozowej</i>
PKP Cargo S.A.	133 867,20	36 366 239,00	48,48%	70,52%
PKP LHS Sp. z o.o.	8 350,12	2 843 429,07	3,02%	5,51%
PCC Rail Rybnik S.A.	[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika nr 2 do decyzji]			
PCC Rail S.A.				
PCC Rail Coaltran Sp. z o.o.				
PTK Holding S.A. Zabrze	31 374,70	1 293 633,08	11,36%	2,51%
CTL Rail Sp. z o.o.	[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika nr 2 do decyzji]			
CTL Train Sp. z o.o.				
Lotos Kolej Sp. z o.o.	5 146,40	2 225 401,16	1,86%	4,32%

Źródło: Urząd Transportu Kolejowego

Jak wynika z powyższej tabeli udział rynkowy PKP Cargo mierzony wielkością przewiezionych ładunków był zdecydowanie największy – przewyższał ponad dwupółkrotnie udział największego pod tym względem konkurenta, tj. PCC Rail Rybnik S.A. i ponad czterokrotnie trzeciego w kolejności PTK Holding S.A. Zabrze. Jednocześnie zwrócić należy uwagę, iż przewaga PKP Cargo nad ww. podmiotami pod względem wykonanej pracy przewozowej jest jeszcze większa: rynkowy udział dominanta pod tym względem wynosi 70,52% przy **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika nr 2 do decyzji]**% PCC Rail Rybnik S.A. i 2,51% PTK Holding S.A. Zabrze. Jednocześnie należy zauważyć, że największym konkurentem Spółki pod względem wykonanej pracy przewozowej była inna spółka należąca do grupy kapitałowej PKP, tj. PKP LHS Sp. z o.o. z udziałem rynkowym na poziomie 5,51%. Jak wynika z powyższego przewaga konkurencyjna PKP Cargo w stosunku do konkurentów jest ogromna i w pełni uzasadnia uznanie Spółki za podmiot dominujący na rynku właściwym. Powyższej konstatacji nie zmienia zsumowanie udziałów rynkowych należących do tej samej grupy kapitałowej PCC Rail Rybnik S.A. oraz PCC Rail S.A. - ich łączny udział mierzony zarówno masą przewiezionych towarów jak i wykonaną pracą przewozową jest zbyt mały być podmioty te stanowiły jakąkolwiek przeciwwagę dla PKP Cargo.

Z punktu widzenia oceny dominacji PKP Cargo sytuacja na rynku w ciągu ostatnich lat zmienia się w niewielkim stopniu, co obrazują zamieszczone poniżej wykresy dotyczące okresu 2004-2006:

Wykres 4 Przewozy ładunków największych przewoźników kolejowych w latach 2004-2006 (tys. ton)

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika nr 2 do decyzji]

Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

Wykres 5 Praca przewozowa największych przewoźników kolejowych w latach 2004-2006 (mln tkm)

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika nr 2 do decyzji]

Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

Wykres 6 Udziały procentowe przewoźników kolejowych w rynku transportu towarów koleją w latach 2004-2006 w zakresie ilości przewiezionych towarów

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika nr 2 do decyzji]

Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

Wykres 7 Udziały procentowe przewoźników kolejowych w transporcie towarów koleją w latach 2004-2006 w zakresie wykonanej pracy przewozowej

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika nr 2 do decyzji]

Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

Przewaga PKP Cargo nad konkurencyjnymi przewoźnikami znajduje swe odbicie także w ilości posiadanego taboru – jak wynika z Raportu Rocznej Grupy PKP za 2007 r., na dzień 31 grudnia 2007 roku Spółka dysponowała liczbą 3 524 lokomotyw oraz 81 269 wagonów towarowych różnego typu. Przewagę dominanta nad konkurentami pod tym względem obrazuje poniższy wykres odnoszący się do roku 2006:

Wykres 8 Udziały procentowe przewoźników kolejowych w ilości posiadanych wagonów w 2006 r.

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika nr 2 do decyzji]

Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW oraz z Głównego Urzędu Statystycznego

PKP Cargo podnosi, iż Spółka spotyka się z ostrą konkurencją na rynku ze strony innych przewoźników i traci na ich rzecz udziały. Jednak zdaniem Prezesa UOKiK w przypadku takiego przedsiębiorcy jak PKP Cargo, tj. byłego państwowego monopolisty powolna utrata udziałów rynkowych jest procesem naturalnym i nie jest równoznaczna z utratą pozycji dominującej na rynku. Obserwujemy to również na innych rynkach, na których został zniesiony monopol państwowy. W przypadku PKP Cargo spadek ten przebiega relatywnie powoli, ponadto istnieje szereg innych czynników powodujących, że jego pozycja na rynku jest nadal bardzo silna. Do czynników tych zaliczyć można m.in. opisaną wyżej dużą przewagę udziału rynkowego nad konkurentami (pod względem przewiezionego ładunku, wykonanej pracy przewozowej, posiadanego taboru), prawne i pozaprawne bariery wejścia na rynek opisane w części decyzji dotyczącej rynku właściwego oraz przynależność do grupy kapitałowej PKP. Powyższej konstatacji, z uwagi na istniejącą znaczącą różnicę potencjałów pomiędzy Spółką a jej konkurentami, nie zmienia zachodzący na rynku właściwym proces konsolidacji mniejszych przewoźników, o którym PKP Cargo nadmienia m.in. w piśmie z dnia 31 marca 2009 r.

Jak możemy dowiedzieć się z powoływanego wyżej Raportu Rocznej Grupy PKP za 2007 r. PKP Cargo zachowała drugą pozycję na europejskim rynku przewozów towarowych zarówno pod względem masy przewiezionych towarów jak i wykonanej pracy przewozowej, ponadto wartość inwestycji w 2007 r. była ponad trzy razy większa niż w 2006 r., zaś przychód ze sprzedaży wzrósł o 8% do kwoty 5,6 mld zł. Spółka uzyskała także dodatnie wyniki finansowe – zysk ze sprzedaży wyniósł 75,5 mln zł, a zysk netto 7,8 mln zł.

Prezentując w toku niniejszego postępowania swoją argumentację PKP Cargo przedstawiło zestawienie „ważniejszych postępowań przetargowych” na przewóz paliw stałych, w których Spółka konkurowała z prywatnymi przewoźnikami w 2008 r.,

z którego to wynika, iż w 6 z 8 postępowań klienci wybrali oferty konkurentów¹⁵. Zestawienie powyższe wedle PKP Cargo świadczy o tym, iż zarzucana Spółce praktyka nie wywiera wpływu na konkurencję na rynku uznanym za właściwy oraz wyklucza zasadność twierdzenia o pozycji dominującej PKP Cargo na tym rynku.

Argumenty powyższe nie zasługują w ocenie organu antymonopolowego na uwzględnienie. Po pierwsze, nie jest jasne według jakiego klucza spółka wybrała akurat te 8 postępowań przetargowych i dlaczego są one „wazniejsze” niż pozostałe, w których brała udział – dlaczego akurat one mają być miarodajne dla wykazania braku wpływu zarzucanej praktyki na rynek właściwy oraz nieposiadania na nim przez Spółkę pozycji dominującej. Po wtóre, Prezes UOKiK charakteryzując dokładnie sytuację na rynku relewantnym, w tym opisując jego strukturę podmiotową, stwierdza, iż PKP Cargo posiada pozycję **dominującą** nie zaś monopolistyczną, oczywistym jest zatem, że część postępowań przetargowych na przewóz towarów kolejną wygrywają konkurenci Spółki. Po trzecie stwierdzić należy, że w sytuacji w której dany przedsiębiorca posiada udział rynkowy 48,48% mierzony masą przewiezionych towarów i 70,52% pod względem wykonanej pracy przewozowej, a jego przewaga nad konkurentami jest tak duża jak wynika to z danych przedstawionych w niniejszej decyzji – przegrane w konkretnych postępowaniach przetargowych nie tyle świadczą o jego pozycji rynkowej co o atrakcyjności przedstawionej w nich oferty i poziomie zarządzania w spółce. Nadto zwraca także uwagę fakt, iż wskazane przez PKP Cargo postępowania przetargowe dotyczyły tylko jednego z wielu rodzajów przewożonych towarów, mianowicie paliw stałych.

Także w innych pismach (np. ostateczne stanowisko Spółki z dnia 19 czerwca 2009 r.) PKP Cargo kwestionując posiadanie pozycji dominującej na rynku właściwym, wskazuje na przypadki wyboru konkurencyjnej oferty (w tym oferty Wnioskodawcy) przez konkretnych klientów, niepowodzenie przeprowadzanej promocji cenowej oraz przedstawia listę przegranych przetargów w latach 2006-2007. Aktualny pozostaje jednak podniesiony już przez Prezesa UOKiK argument, iż rzeczą normalną jest utrata części kontrahentów przez dominanta i tylko monopolista byłby w stanie zapobiec opisanym wyżej zjawiskom. Zauważyć także należy za Wnioskodawcą¹⁶, że „*fluktuacja klientów na konkurencyjnym rynku jest rzeczą normalną i akceptowalną*”, zaś PKP Cargo także przejmowało klientów wcześniej obsługiwanych przez inne podmioty (w tym Zakłady Azotowe Puławy S.A., które ponownie nawiązały współpracę ze Spółką). Poza tym mimo podnoszonych w pismach PKP Cargo niepowodzeń rynkowych w odniesieniu do konkretnych klientów, udziały rynkowe Spółki pozostają na poziomie nieosiągalnym dla żadnego z konkurentów.

Mając na względzie powyższe w pełni zasadne jest przyjęcie, iż PKP Cargo posiada na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych pozycję dominującą.

¹⁵ Pismo PKP Cargo z dnia 2 lutego 2009 r.

¹⁶ Pismo CTL Logistics z dnia 19 czerwca 2009 r.

Nadużywanie pozycji dominującej przez PKP Cargo

Stawiany w niniejszej sprawie PKP Cargo zarzut dotyczy naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, zgodnie z którym zakazane na mocy art. 8 ust. 1 ustawy nadużywanie pozycji dominującej może polegać w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Przepis ten zakazuje przedsiębiorcom posiadającym pozycję dominującą na rynku stwarzania barier dla powstania, bądź rozwoju konkurencji. Ustawa antymonopolowa nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie konkurencja. Korzystając z literalnej definicji tego hasła, jako „konkurencję” należy rozumieć współzawodnictwo niezależnie działających przedsiębiorstw¹⁷.

W ocenie Prezesa UOKiK celem zarzucanej Spółce praktyki było ograniczenie tak zdefiniowanej konkurencji na rynku właściwym. W tym miejscu wyjaśnić należy, iż zgodnie z poglądami doktryny, jako cel danego zachowania rozpatrywanego przez organ antymonopolowy rozumieć należy nie subiektywną intencję podmiotu, ale obiektywne znaczenie i cel praktyki rozważany w gospodarczym kontekście, w którym ma ona być stosowana¹⁸. PKP Cargo wyjaśniło, iż zmieniając „Zasady sprzedaży” wykluczyło możliwość współpracy z przewoźnikami konkurencyjnymi na zasadach szczególnych, by uniknąć udzielania im preferencyjnych warunków umownych, gdyż było to w ocenie Spółki „*wspieranie konkurentów i ułatwianie im wzmocnienia siły rynkowej własnym kosztem*”.

Działając w sposób opisany w stawianym zarzucie oraz z opisanych powyżej pobudek PKP Cargo w znacznym stopniu utrudniło konkurentom funkcjonowanie na rynku, zmniejszyło bowiem znacznie opłacalność ich działalności i zdolność rywalizacji z dominantem. Co więcej, potraktowało konkurentów w sposób odmienny (gorszy) niż inne podmioty zgłaszające się do Spółki z ofertą zawarcia umowy przewozu na zasadach szczególnych. Jest rzeczą oczywistą, iż mając zawarte z PKP Cargo umowy wieloletnie, specjalne lub handlowe, przewoźnicy konkurencyjni byli w stanie skuteczniej walczyć z dominantem o klienta i osiągnąć lepszą pozycję na rynku właściwym. Zatem działanie PKP Cargo miało na celu ograniczenie im możliwości wzmocnienia swojej pozycji rynkowej poprzez utrzymanie dotychczasowych i zdobywanie nowych klientów.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż celem zarzucanej Spółce praktyki było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, poprzez pozbawienie konkurentów możliwości przewozu towarów w ramach umów z PKP Cargo przewidujących korzystne upusty od Taryfy Towarowej.

¹⁷ T. Ławicki *Wielka encyklopedia Prawa* Warszawa – Białystok 2000, str. 366, podobnie: Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka w: „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wydawnictwo Wolters Kluwer business, Warszawa 2008 r., str. 45

¹⁸ C. Bellamy, G. Child, *EU Law of competition*, London 1993, s. 91; J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of competition*, Oxford 1999, s. 82

Praktyka, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy ma przede wszystkim charakter antykonkurencyjny, bowiem dobrem chronionym w tym przypadku jest konkurencja jako taka, zaś ochrona konkurentów prowadzona jest niejako „przy okazji”. Praktyka ta może jednak wywierać i zwykle wywiera negatywne skutki także dla innych uczestników rynku, pozbawionych możliwości uczestnictwa w obrocie w zakresie i na warunkach, jakie byłyby dla nich dostępne, gdyby praktyka nie była stosowana. Należy wyjaśnić, iż zgodnie z poglądami doktryny w przypadku praktyk antykonkurencyjnych celem lub skutkiem działań jest ograniczenie lub wyeliminowanie konkurencji. Wobec powyższego, naruszenie interesu publicznego stwierdzone winno być w sytuacji, gdy praktyka oddziałuje na otoczenie konkurencyjne, nawet jeżeli negatywny wpływ na konkurencję jest rezultatem działań skierowanych tylko przeciw jednemu lub niewielkiej liczbie konkurentów. Jednakże skutki te nie mieszczą się w hipotezie przepisu, wobec czego w celu udowodnienia tej praktyki, wymagane jest przeprowadzenie dowodu jedynie co do skutków praktyki dla konkurencji¹⁹.

W związku z powyższym, w ocenie organu antymonopolowego, nie ma decydującego znaczenia w przedmiotowej sprawie, czy kwestionowane działania PKP Cargo wywarły lub mogą wywrzeć negatywny skutek dla przewoźników konkurencyjnych zainteresowanych współpracą z PKP Cargo na zasadach szczególnych (w ramach umów wieloletnich, specjalnych, handlowych), wystarczające bowiem jest udowodnienie, że działania PKP Cargo wywarły lub mogą wywrzeć negatywny wpływ na konkurencję. Nie zasługują zatem na uwzględnienie wnioski PKP Cargo złożone w piśmie z dnia 19 czerwca 2009 r. o przeprowadzenie dowodów w przedmiocie skutków zarzucanej praktyki dla odbiorców usług przewozowych PKP Cargo oraz konsumentów, a także ewentualnych skutków praktyki na rynku spedycji.

Należy mieć bowiem na względzie, iż przepisy Ustawy, zgodnie z jej art. 1 ust. 2 *in fine*, znajdują zastosowanie także do praktyk, które jedynie „mogą wywoływać” skutki na terytorium kraju²⁰. Zatem obowiązkiem organu antymonopolowego jest ocena zachowań przedsiębiorców także pod kątem skutków, jakie hipotetycznie mogą wywołać na rynku. Jak zauważył SOKiK w wyroku z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 65/03, wypowiadając się na temat Ustawy „*jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki monopolistyczne ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które, choćby tylko hipotetycznie, mogą wywołać takie skutki*”. Nadto Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt I CKN 496/01, stwierdził, że ochrona konkurencji obejmuje także istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji, stan taki jest oceniany, z punktu widzenia interesu publicznego jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny.

¹⁹ E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Warszawa 2002, str. 114

²⁰ Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wydawnictwo Wolters Kluwer business, Warszawa 2008 r., str. 41

Zdaniem Prezesa UOKiK, PKP Cargo wprowadzając od dnia 1 maja 2006 r. do „Zasad sprzedaży” zmiany umożliwiające odmowę świadczenia usług przewozów towarowych koleją w ramach umów wieloletnich i specjalnych, a w późniejszym okresie, tj. od dnia 1 lipca 2007 r., umów handlowych swoim konkurentom naruszyło art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej, tzn. stworzyło zagrożenie dla rozwoju konkurencji na rynku właściwym.

Jak już wspomniano, wykluczając współpracę ze swoimi konkurentami na warunkach szczególnych (preferencyjnych) w zakresie towarów, które przewożą oni w ramach własnej działalności, PKP Cargo utrudnia im skuteczne konkurowanie ze swoją ofertą. Zarzucana dominantowi praktyka może zatem zmniejszyć krąg podmiotów świadczących usługi transportu towarów koleją lub co najmniej zmniejszyć zakres realizowanych przez nie przewozów. Ponadto wskutek analizowanego zachowania dominanta zmaleć może także krąg podmiotów mogących prowadzić taką działalność w przyszłości – przedsiębiorcy rozważający wejście na rynek mogą nie zdecydować się na rozpoczęcie działalności wiedząc, iż nie mogą liczyć na współpracę ze Spółką na zasadach szczególnych, a co za tym idzie na upusty od stawek przewoźnego przewidzianych w Taryfie Towarowej PKP Cargo.

Zwrócić także należy uwagę na fakt, iż najkrótszy okres na jaki zawierano umowy w ramach współpracy na zasadach szczególnych to 3 miesiące²¹ – zatem zawierając taką umowę ze swoim konkurentem na zasadach obowiązujących po dniu 1 maja 2006 r. PKP Cargo wyklucza na czas obowiązywania umowy możliwość prowadzenia przez niego w tym samym zakresie działalności konkurencyjnej. Podmioty te bowiem nie chcąc stracić upustów przyznanych w ramach podpisanej umowy nie będą świadczyć usług przewozowych dla towarów przewożonych na podstawie umowy z dominantem. Istnieje zatem zagrożenie, iż nie tylko nie będą prowadziły aktywnej polityki handlowej, wychodząc z ofertą usług przewozowych do potencjalnych klientów, ale także odmówią im przewozu towarów w sytuacji, gdy oni sami się do nich zgłoszą. Praktyka PKP Cargo blokuje więc klientom możliwość korzystania z usług przewoźników konkurencyjnych, co w sposób oczywisty utrudnia rozwój konkurencji na rynku przewozów kolejowych.

PKP Cargo współpracując ze swoimi kontrahentami na zasadach szczególnych na warunkach przewidzianych w „Zasadach sprzedaży”, w skrajnych przypadkach pozostawia *de facto* w swojej gestii decyzję, który z podmiotów będzie konkurencyjny – tzn. przetrwa na rynku, a który będzie zmuszony zakończyć działalność. Ponadto, co istotne Spółka stosując zarzucaną praktykę może blokować wejście na rynek nowych podmiotów, nie dysponujących wystarczająco dużym taborem kolejowym, których strategia handlowa przewidywałaby, przynajmniej w początkowym okresie, świadczenie usług przewozu co najmniej częściowo w ramach umowy wieloletniej/specjalnej/handlowej z PKP Cargo i przy pomocy taboru dominanta. Jak wspomniano wyżej przedsiębiorca taki nie mogąc liczyć na stałą współpracę z PKP

²¹ Chodzi o umowy specjalne; umowy wieloletnie i handlowe zawierane były na dłuższe okresy – powyżej 12 miesięcy w przypadku umów wieloletnich i [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8 załącznika nr 1 do decyzji] w przypadku handlowych.

Cargo na zasadach szczególnych i związane z tym znaczące upusty od stawek przewidzianych w Taryfie towarowej Spółki może zaniechać zamiaru prowadzenia działalności gospodarczej na rynku towarowych przewozów koleją.

Odnośnie podobnego, arbitralnego ograniczania swobodnego świadczenia działalności gospodarczej, wypowiedział się Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w jednym z orzeczeń, kwestionując sprzeczną z regułami konkurencji ingerencję gminy w stosunki handlowe pomiędzy przedsiębiorcami: „właśnie arbitralne ustalenie kto może, a kto nie może być uczestnikiem rynku przewozów, godzi w konkurencję ograniczając jej rozwój, co jest praktyką monopolistyczną z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy. W przypadku spadku zainteresowania przewozami ze strony pasażerów o tym, kto pozostanie na rynku powinna decydować atrakcyjność (konkurencyjność) oferty przewoźnika kierowanej do pasażerów, a nie uznaniowe decyzje gminy. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że decyzja o wejściu przedsiębiorcy na rynek jest jego decyzją autonomiczną, wynikającą z zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. W niniejszej sprawie oznacza to zaś prawo do swobodnego powzięcia decyzji o rozpoczęciu działań niezbędnych do rozpoczęcia działalności gospodarczej”²².

Zarzucana PKP Cargo praktyka negatywnie oddziałuje również na spedytorów kolejowych, którzy świadczą jednocześnie usługi przewozu towarów koleją - podmioty te są zmuszone bowiem wybrać, czy dalej świadczyć usługi przewozowe konkurencyjne wobec usług przewozowych PKP Cargo i zablokować sobie tym samym możliwość zawarcia z PKP Cargo umowy wieloletniej, specjalnej lub handlowej, czy też zaprzestać działalności przewozowej i korzystać w ramach prowadzonej działalności spedycyjnej z usług przewozowych PKP Cargo na podstawie ww. rodzajów umów.

Jakkolwiek podmioty chcące wykonywać działalność przewozową we własnym zakresie, mogą rzeczywiście nadal korzystać z usług przewozowych PKP Cargo na zasadach ogólnych, to jednak jest to zdecydowanie mniej korzystne, niż współpraca w ramach umowy wieloletniej, specjalnej lub handlowej. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż w ramach ww. rodzajów umów PKP Cargo przyznaje korzystne upusty, których wielkość, jak wskazuje Spółka w piśmie z dnia 10 lutego 2009 r., dochodzi nawet do **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 9 załącznika nr 1 do decyzji]**%.

Ponadto należy stwierdzić, iż PKP Cargo swoim działaniem nie tylko hamuje swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów, ale także naraża się na zarzut niedozwolonego różnicowania pozycji swoich kontrahentów. Praktyczną konsekwencją zaskarżonych zmian w „Zasadach sprzedaży” jest to, iż podmioty, które chciałyby prowadzić działalność konkurencyjną, nie będą mogły skorzystać w takim stopniu z oferowanych w ramach ww. umów przez PKP Cargo korzyści, jak te podmioty, które nie są konkurentami w rozumieniu „Zasad sprzedaży”. W ocenie organu antymonopolowego, upusty oraz inne korzyści powinny być

²² Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 lutego 2003 r., sygn. akt XVII Ama 23/2002

przyznawane klientowi w oparciu o obiektywne i transparentne przesłanki. Upusty mogą być przyznawane w szczególności w oparciu o takie kryteria, jak ilość i wartość przewiezionych towarów oraz czynniki, które wpływają na koszty ponoszone przez PKP Cargo. Takich kryteriów nie spełniają natomiast upusty, otrzymywane przez kontrahentów współpracujących z PKP Cargo na zasadach szczególnych, pod warunkiem *de facto* niekonkurowania.

Kształt umów wieloletnich, specjalnych i handlowych zawieranych przez PKP Cargo na zasadach obowiązujących po 1 maja 2006 r. sprawia, iż kontrahenci zlecający przewóz na tej samej trasie dokładnie takiej samej ilości takich samych towarów, wykorzystując również takie same rodzaje składów, mogą być traktowani niejednolicie. Jeżeli bowiem jeden z tych podmiotów korzysta wyłącznie z usług PKP Cargo, a drugi podmiot dodatkowo przewozi jeszcze pewną ilość towarów danego rodzaju we własnym zakresie, to pierwszy podmiot uzyska większe korzyści ze strony PKP Cargo (gdyż będzie mógł przewieźć towar na podstawie umowy wieloletniej, specjalnej czy handlowej), niż podmiot drugi (który nie będzie mógł korzystać z usług przewozowych w ramach ww. umów), pomimo, że koszty ponoszone przez PKP Cargo w stosunku do przewozu towarów obu tych podmiotów będą identyczne.

Mamy w tym wypadku zatem do czynienia z sytuacją, gdzie podmioty w podobnej sytuacji faktycznej (występujące z taką samą lub podobną ofertą do PKP Cargo) traktowane są w sposób różny, sytuacją, w której jeden z nich spotyka się z odmową nawiązania współpracy na zasadach szczególnych, a zatem jest dyskryminowany przez dominanta. Jest więc przy tym widoczny selektywny charakter działania PKP Cargo²³ – praktyka dominanta wymierzona jest jedynie w konkurentów Spółki, a więc w podmioty, które mogą przynajmniej potencjalnie ograniczyć jego władzę rynkową, przejąc część klientów, wymusić swoją działalnością na rynku właściwym spadek cen usług przewozu.

PKP Cargo, zmieniając „Zasady sprzedaży” w sposób opisany w zarzucie, w efekcie pozbawia podmioty prowadzące działalność konkurencyjną lub zamierzające taką działalność w przyszłości rozpocząć, możliwości konkurowania z podmiotem dominującym. Antykonkurencyjne postanowienia „Zasad sprzedaży” wykluczają w szczególności możliwość stopniowego obejmowania pełną usługą przewozową klientów, przez przewoźników niezależnych od PKP Cargo. Podmioty te (przewoźnicy niezależni) chcąc korzystać z usług przewozowych świadczonych przez PKP Cargo w ramach umowy wieloletniej, specjalnej, handlowej muszą zrezygnować z przewożenia objętych nimi towarów we własnym zakresie. Dzięki obowiązywaniu umów wieloletnich, specjalnych i handlowych w obecnym kształcie PKP Cargo skutecznie odkłada na czas ich obowiązywania możliwość rozwoju konkurencji na rynku przewozów towarowych kolejną.

²³ Na selektywność praktyki dominanta jako na czynnik istotny przy ocenie czy nadużycie może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku wskazuje Komisja Europejska w Komunikacie z dnia 2 lutego 2009 r. - Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, pkt 20, str. 10

Nadmienić jednocześnie należy, iż sankcją za podjęcie działalności konkurencyjnej w trakcie obowiązywania umowy wieloletniej, specjalnej lub handlowej jest możliwość jej wypowiedzenia przez PKP Cargo, a co za tym idzie utrata korzystnych upustów od stawek przewidzianych w Taryfie Towarowej PKP Cargo. Przy czym w ocenie organu antymonopolowego nie jest istotne czy i ile razy taka sytuacja miała miejsce - powyższy zapis ma bowiem silne działanie prewencyjne. Może on sprawić, iż konkurencyjni przewoźnicy współpracujący z PKP Cargo na zasadach szczególnych, nie chcąc utracić atrakcyjnych finansowo warunków przewozu nie będą nawet rozważali podjęcia działalności przewozowej w zakresie towarów objętych umową wieloletnią, specjalną czy handlową.

Taktyka PKP Cargo w odniesieniu do współpracy na zasadach szczególnych polega więc na zaoferowaniu swoim kontrahentom atrakcyjnych upustów cenowych przy jednoczesnym wykluczeniu tych podmiotów z rynku, jako konkurentów w odniesieniu do towarów przewożonych w ramach umów wieloletnich, specjalnych czy handlowych. PKP Cargo przyznaje kontrahentom w ramach umów wieloletnich, specjalnych i handlowych korzystne upusty w zamian za zaniechanie lub niepodejmowanie działalności konkurencyjnej w odniesieniu do towarów objętych umową. Dominant żąda w ten sposób wyłączności na przewóz określonej grupy towarów, kontrahent nie może bowiem przewozić ich w ramach własnej działalności gospodarczej. Mając więc np. ofertę klienta na przewóz 25 000 ton węgla kamiennego konkurencyjny wobec PKP Cargo przewoźnik może przewieźć je sam (w zakresie działalności własnego przedsiębiorstwa) lub też w ramach umowy wieloletniej, specjalnej, czy handlowej z dominantem uzyskując korzystne upusty od Taryfy towarowej PKP Cargo. Nie jest możliwe przy obecnym brzmieniu „Zasad sprzedaży” przewiezienie części ww. zamówienia (20 000 ton) przy użyciu własnych wagonów i lokomotyw, a części (5 000 ton), z uwagi na ograniczoną wielkość taboru przewoźnika, na podstawie jednej z ww. umów z PKP Cargo. PKP Cargo nie zaakceptuje takiej oferty przewoźnika konkurencyjnego, mimo, że obiektywnie spełnia ona wszelkie wymagania przewidziane w „Zasadach sprzedaży” (obecnie „Regulaminie sprzedaży”) do nawiązania współpracy na zasadach szczególnych. W zaistniałej sytuacji konkurencyjny przewoźnik może przewieźć wspomnianą „nadwyżkę” za pośrednictwem PKP Cargo jedynie na mało korzystnych zasadach ogólnych, tj. na podstawie stawek przewidzianych w Taryfie Towarowej Spółki. Z uwagi na mniejszą opłacalność takiego rozwiązania jest prawdopodobne, iż konkurencyjny przewoźnik przewiezie całość zamówienia w ramach jednej z trzech ww. umów szczególnych z PKP Cargo, nie podejmując działalności konkurencyjnej wobec dominanta.

W ocenie Prezesa UOKiK skonstruowany w „Zasadach sprzedaży” system nie bazuje na obiektywnych kryteriach ekonomicznych, ale ma na celu ograniczenie możliwości prowadzenia działalności konkurencyjnej przez innych przewoźników oraz niedopuszczenie do rynku nowych podmiotów. PKP Cargo dąży do wyłączności w zakresie przewozów danej grupy towarów na zasadach szczególnych dla kontrahenta prowadzącego jednocześnie działalność konkurencyjną, poprzez uniemożliwianie mu przewozu części tych towarów w ramach własnej działalności. Jak wynika z

powyższego zachowanie PKP Cargo nie jest w żaden sposób konkurencją opartą na podstawach merytorycznych (tj. konkurencją jakością lub ceną towaru/usługi) - a tylko w ten sposób, zgodnie z orzecznictwem wspólnotowym²⁴, podmiot dominujący może dążyć do wzmocnienia swojej pozycji rynkowej. Podkreślić przy tym należy, iż Komisja Europejska w Komunikacie z dnia 9 lutego 2009 r.²⁵ podkreśliła m.in., że *„najważniejszym aspektem działań Komisji, związanych z egzekwowaniem prawa w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej, jest (...) dbanie o to, by przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą nie wykluczały z rynku swoich konkurentów w inny sposób niż w drodze konkurencji, opierającej się na atutach dostarczanych produktów lub usług”*.

PKP Cargo utrudniając prowadzenie działalności swoim konkurentom oraz utrudniając wejście na rynek nowym podmiotom uderza także w podmioty zlecające przewóz towarów koleją, ograniczając im możliwość wyboru przewoźnika, co jest szczególnie szkodliwe na rynku do niedawna zmonopolizowanym, na którym konkurencja i tak jest osłabiona w wyniku obecności podmiotu dominującego.

Na nawiązanie współpracy na zasadach szczególnych nie mógłby, zgodnie z zapisami „Zasad sprzedaży” (obecnie „Regulaminu sprzedaży”), liczyć także podmiot nie prowadzący działalności konkurencyjnej wobec PKP Cargo choćby spełnił wszelkie kryteria jej nawiązania, jeżeli w skład grupy kapitałowej, do której należy wchodzi przedsiębiorca uznany za konkurenta w rozumieniu ww. dokumentów Spółki. Wykluczenie możliwości przewożenia towarów objętych umową na zasadach szczególnych nie tylko przez kontrahenta PKP Cargo, ale też przez spółki należące do jego grupy kapitałowej jest, w ocenie Prezesa UOKiK, nieuzasadnioną ingerencją w działalność podmiotów trzecich – niezależnych przedsiębiorców. Narzucając takie warunki umowne dominant ogranicza wolność gospodarczą i możliwość niezależnego wyboru przedmiotu działalności także podmiotom trzecim niezwiązanym z PKP Cargo węzłem umownym. Przyjąć bowiem można, iż w świetle zaskarżonych postanowień „Zasad sprzedaży” realna jest sytuacja, w której kontrahent PKP Cargo chcąc kontynuować współpracę na korzystnych warunkach z przewoźnikiem dominującym, będzie wywierał nacisk na swoje spółki zależne lub spółki siostry, by nie przewoziły w ramach własnej działalności gospodarczej towarów, które dla niego na podstawie umowy wieloletniej, specjalnej lub handlowej przewozi PKP Cargo. Dominant postępując w ten sposób uzależnia zatem zdolność kontraktowania swego potencjalnego klienta w zakresie umów zawieranych na zasadach szczególnych od właściwości (tj. faktycznego przedmiotu działalności) innego niezależnego podmiotu, na który potencjalny kontrahent może nie mieć żadnego wpływu. Postępowanie takie jest zdaniem organu antymonopolowego skrajnie nieobiektywne i jest w istocie formą odpowiedzialności zbiorowej w działalności gospodarczej.

²⁴ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89, BPB Industries i British Gypsum przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich

²⁵ Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące; pkt 6, str. 5

Zasadne jest zatem stwierdzenie, iż działania PKP Cargo zmierzają w kierunku ograniczania dostępu do rynku usług przewozów towarowych kolejną. Kontrahenci, którzy podpiszą umowy wieloletnie, specjalne lub handlowe nie będą mogli sami (jako przewoźnicy) przewozić towarów nimi objętych pod rygorem wypowiedzenia umowy i utraty korzystnych upustów. Poprzez ww. opisany mechanizm dominant w sposób pośredni decyduje z jakiego przewoźnika mogą korzystać podmioty chcące przewieźć towar.

Zgodzić należy się nadto z Wnioskodawcą w zakresie w jakim podnosi argument podobieństwa zarzucanej PKP Cargo w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym praktyki z praktyką stwierdzoną w prawomocnej decyzji Prezesa UOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r., Nr DOK-50/2004. W pkt I sentencji ww. decyzji organ antymonopolowy uznał, iż **uzależnianie przez PKP Cargo zawarcia wieloletniej umowy przewozowej od zobowiązania przedsiębiorcy – kontrahenta do powstrzymywania się od podejmowania działań konkurencyjnych (w grupach towarów objętych umową), zmierzających do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wykonywania kolejowych przewozów towarowych,** stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, polegającą na nadużyciu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji i nakazał jej zaniechania.

Jak wynika z analizy treści sentencji niniejszej decyzji oraz decyzji z dnia 17 czerwca 2004 r. istotą obu praktyk PKP Cargo jest zakaz konkurowania jaki dominant wymusza na swoich kontrahentach, z którymi nawiązuje współpracę na zasadach szczególnych, odnoszący się do towarów przewożonych w ramach zawartej umowy. Jedyna różnica między praktyką zakazaną decyzją Nr DOK-50/2004 r. a stwierdzoną w niniejszej sprawie polega na tym, iż zakaz konkurowania wynika z „Zasad sprzedaży” (obecnie „Regulaminu sprzedaży”) a nie z konkretnych umów, a nadto dotyczy współpracy w ramach wszystkich rodzajów umów (wieloletnich, specjalnych, handlowych), nie zaś tylko wieloletnich.

Słusznie jednak podnosi CTL Logistics, iż zasięg oddziaływania na rynek zakazu konkurencji umieszczonego w „Zasadach sprzedaży” (obecnie „Regulaminie sprzedaży”) PKP Cargo jest szerszy niż zasięg oddziaływania takiego zakazu umieszczanego w poszczególnych umowach wieloletnich. Obecnie zakaz ten dotyczy bowiem wszystkich rodzajów umów zawieranych w ramach współpracy na zasadach szczególnych (także specjalnych i handlowych), a nadto stosowany jest jawnie przez co każdy potencjalny kontrahent dominanty świadom jest, iż podejmując działalność konkurencyjną nie uzyska od PKP Cargo atrakcyjnych upustów związanych z współpracą na zasadach szczególnych. Kwestionowane zapisy „Zasad sprzedaży” (obecnie „Regulaminu sprzedaży”) skutecznie odstraszą go zatem od podjęcia działalności przewozowej w zakresie towarów przewożonych w ramach umów z PKP Cargo lub też zmuszą go do zaprzestania takiej działalności jeśli już ją prowadzi, a zdecyduje się zawrzeć jedną z ww. umów z dominantem.

Przy niezaprzeczalnym podobieństwie praktyki zakazanej decyzją Nr DOK-50/2004 oraz praktyki zarzucanej w niniejszym postępowaniu, w przedmiotowej sprawie nie zachodzi jednak przypadek powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), będący przesłanką stwierdzenia nieważności decyzji (art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a.), a to z uwagi na brak przedmiotowej tożsamości sprawy. Jak organ antymonopolowy powyżej wyjaśnił w sprawie zakończonej decyzją Nr DOK-50/2004 zakaz konkurencji wynikał z treści umów wieloletnich zawartych z kontrahentem i dotyczył tylko tego typu umów, zaś w przedmiotowej sprawie wpisany został do „Zasad sprzedaży” i obejmuje swoim zakresem wszystkie przewidziane w ww. dokumencie Spółki typy umów zawierane w ramach współpracy na zasadach szczególnych (tj. do dnia 1 lipca 2007 r. umowy wieloletnie i specjalne, zaś po tej dacie umowy handlowe). Nadto postępowanie antymonopolowe zakończone decyzją DOK-50/04 dotyczyło umów wieloletnich zawartych przez PKP Cargo z kontrahentami w latach 2002-2003 zaś kwestia wykonania pkt I sentencji decyzji była badana przez Prezesa UOKiK w toku postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania PKP Cargo S.A. związane z wprowadzeniem w dniu 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” polegających na przyznaniu PKP Cargo S.A. uprawnienia do odmowy zawierania umów specjalnych i wieloletnich z przedsiębiorcami uznanymi w ww. Zasadach za konkurentów PKP Cargo S.A., naruszają przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego (DOK1-400-10/06/AZ). W wyjaśnieniach składanych w toku wzmiankowanego postępowania wyjaśniającego dominant podniósł, iż Spółka za porozumieniem stron wycofała z kontraktów wieloletnich kwestionowane klauzule poprzez podpisanie stosownych aneksów. Organ antymonopolowy analizując umowy oraz podpisane aneksy nie zakwestionował powyższych twierdzeń PKP Cargo. Stwierdzić zatem należy iż PKP Cargo wykonało decyzję DOK-50/2004 i wycofało się z praktyki stosowanej w latach 2002-2004. Przedmiotem zaś niniejszego postępowania antymonopolowego są umowy zawierane w ramach współpracy na zasadach szczególnych (wszystkie ich rodzaje, nie tylko umowy wieloletnie) zawierane po dniu 1 maja 2006 r., tj. po wejściu w życie „Zasad sprzedaży” w wersji zaskarżonej przez CTL Logistics. Jak wynika z powyższego wyводу od czasu zaprzestania stosowania praktyki stwierdzonej decyzją z dnia 17 czerwca 2004 r. do czasu wprowadzenia do „Zasad sprzedaży” kwestionowanych w niniejszym postępowaniu zapisów minęły prawie dwa lata. Ze względu na opisane powyżej różnice między praktyką zakazaną prawomocną decyzją Nr DOK-50/2004 a praktyką stwierdzoną w niniejszej decyzji, a także prawie dwuletni okres, w którym nie była stosowana żadna z nich, nie było uzasadnione wszczęcie przez organ antymonopolowy postępowania w sprawie nałożenia kary z tytułu niewykonywania decyzji z dnia 17 czerwca 2004 r., Nr DOK-50/2004.

Nie są przekonujące, w ocenie organu antymonopolowego, twierdzenia PKP Cargo wedle których kwestionowane przez Wnioskodawcę zapisy „Zasad sprzedaży” (obecnie „Regulaminu sprzedaży”) są obiektywnie uzasadnione i są odpowiedzią na nieuczciwe praktyki handlowe konkurentów-klientów Spółki. Po pierwsze, określenie zachowania ww. podmiotów jako „nieuczciwych praktyk handlowych” jest jedynie subiektywną oceną dominanty nie potwierdzoną, np. przez prawomocny wyrok sądu

powszechnego. Po wtóre, polski system prawa stwarza przedsiębiorcom możliwości skutecznej obrony swoich interesów ekonomicznych przed takimi czynami na drodze sądowej, chociażby w drodze przewidzianego w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* powództwa o zaniechanie określonych działań czy powództwa o usunięcie skutków niedozwolonych działań. Nie jest w ocenie Prezesa UOKiK, adekwatną reakcją na rzekomo nieuczciwe praktyki handlowe klientów, dyskryminacyjne i sprzeczne z ustawą antymonopolową wykluczenie możliwości współpracy w ramach określonych umów z potencjalnymi kontrahentami. Obrona interesów dominanta przed zachowaniem konkurentów nie może polegać na stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję. Powyższy punkt widzenia znajduje potwierdzenie w orzecznictwie wspólnotowym – we wzmiankowanym powyżej wyroku z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, iż *„nie jest stosownym dla przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą na rynku podejmowanie, z własnej inicjatywy, środków mających być odwetem za praktyki handlowe uważane przez dominanta za bezprawne lub nieuczciwe”*.

Poza tym, iż jest to działanie sprzeczne z prawem nie sposób przypisać mu wbrew twierdzeniom PKP Cargo obiektywnego uzasadnienia. Zachowania klientów-konkurentów, na które skarży się dominant nie zostały, jak wyżej wspomniano uznane za czyny nieuczciwej konkurencji prawomocnym wyrokiem sądu, ale są jedynie tak oceniane przez PKP Cargo. Co więcej, jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego dominant wniósł przeciwko CTL Logistics S.A. i CTL Rail Sp. z o.o. powództwo o odszkodowanie z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji jednak Spółka wyjaśniła, że **„[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 10 załącznika nr 1 do decyzji]”**. W świetle powyższego domniemywać można, iż PKP Cargo poważnie liczyło się z możliwością oddalenia powództwa i wolało nie ryzykować długiego i kosztownego procesu sądowego w tej sprawie. Nie sposób zatem w ocenie Prezesa UOKiK, uznać kwestionowanej w niniejszym postępowaniu praktyki za obiektywną reakcję na zachowanie konkurentów, oceniane jako *„nieuczciwa praktyka handlowa”* jedynie na podstawie subiektywnego przekonania PKP Cargo, które to jednak obawiało się dochodzić swoich roszczeń w tej sprawie przed sądem cywilnym.

Jednocześnie poważne wątpliwości organu antymonopolowego przy analizie obiektywności kwestionowanego zachowania Spółki budzi zasadność ochrony informacji dotyczących warunków współpracy PKP Cargo z kontrahentami na zasadach szczególnych, w tym cen oferowanych przez dominanta, w sposób kwestionowany w niniejszym postępowaniu. Spółka zdaje się bowiem skupiać na ochronie informacji, co do których zachowanie poufności nie jest w ocenie Prezesa UOKiK na dłuższą metę możliwe. Po pierwsze, jeżeli ochrona informacji dotyczących cen usług przewozowych świadczonych przez dominanta na zasadach szczególnych ma zapobiec przejściu klienta przez innego przewoźnika, to jest to założenie z gruntu błędne. Podmiot taki jak Wnioskodawca mógłby bowiem dokonać przejścia klienta także nie znając precyzyjnie postanowień zawartej przez niego z PKP Cargo umowy lub też szczegółów potencjalnej oferty dominanta, składając mu coraz to bardziej korzystne (ze względu na coraz niższą wysokość przewoźnego) oferty przewozu

towarów. Po drugie, zauważyć należy, że interesu w tym by chronić poufność warunków przewozu oferowanych przez PKP Cargo, nie mają kontrahenci Spółki – w ich interesie leży raczej ujawnienie szczegółów oferty dominanta konkurencyjnemu przewoźnikowi, by ewentualnie uzyskać od niego niższą cenę.

Nie jest również zasadne powoływanie się przez Spółkę na wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 lutego 1995 r., sygn. akt XVII Amr 5/96, ani na decyzję Komisji Europejskiej z dnia 29 lipca 1987 r. w sprawie IV/32.279 - BBI/Boosey & Hawkes i twierdzenie, iż obrona słuszných interesów nie stanowi przejawu nadużycia pozycji rynkowej. W obu bowiem powyższych sprawach zarzucane dominantowi działania skierowane były przeciwko jednemu (w przypadku sprawy, w której orzekł Sąd Antymonopolowy) albo trzem konkretnym podmiotom (sprawa BBI/Boosey & Hawkes). Natomiast w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z praktyką uderzającą we wszystkich rzeczywistych i potencjalnych konkurentów Spółki, a także podmioty należące do grup kapitałowych w skład, których wchodzi przedsiębiorca świadczący usługi przewozu towarów koleją klientom spoza swojej grupy kapitałowej. Zachowanie Spółki nie jest działaniem skierowanym przeciwko konkretnemu przewoźnikowi w odpowiedzi na jego nieuczciwe i niełojalne (zdaniem PKP Cargo) praktyki wobec dominanta, ale uderza w szeroki krąg podmiotów i „porządkuje” rynek w zakresie przewozów na warunkach szczególnych mając na względzie jedynie interesy podmiotu dominującego.

Analizowanej w niniejszym postępowaniu praktyki PKP Cargo, jako uzasadnionego ochroną własnych interesów handlowych odmiennego traktowania konkurentów nie legalizuje także pismo Prezesa UOKiK z dnia 3 lipca 2001 r., sygn. DDI-1-036-75/722/01/JS. W sprawie mniejszej PKP Cargo nie wykazało, że równorzędne traktowanie wszystkich kontrahentów doprowadziłby do sytuacji, w której część z nich (konkurenci) znalazłaby się w wyraźnie uprzywilejowanych warunkach rynkowych w stosunku do dominanta. Z zebranego materiału dowodowego wynika, iż Spółka broniąc swojej pozycji rynkowej odmawia pewnej grupie potencjalnych kontrahentów świadczenia usług na zasadach dostępnych dla pozostałych, nie będąc w stanie wykazać, iż zachowanie to jest obiektywnie uzasadnione. Nie sposób także przyjąć, że zaskarżona przez Wnioskodawcę praktyka PKP Cargo jest jedynym możliwym sposobem ochrony jego interesów gospodarczych przed nieuczciwymi, w jego ocenie, działaniami konkurentów.

Wyjaśniając powody wprowadzenia zasady niekontraktowania z konkurentami na zasadach szczególnych w zakresie przewożonych przez nich towarów PKP Cargo podnosi także, iż Wnioskodawca nie wykonywał zawartych ze Spółką umów wieloletnich nie przewożąc deklarowanej w nich masy towarów, z którego to tytułu Spółka ponosiła znaczące straty (*vide* pismo PKP Cargo z dnia 19 czerwca 2009 r.). Zważyć jednak należy, że niewykonanie lub też nienależyte wykonanie umowy przez kontrahenta jest normalnym ryzykiem związanym z prowadzeniem działalności gospodarczej, przed którym przedsiębiorcy mogą zabezpieczać się na różne sposoby w umowie oraz ewentualnie dochodzić przed sądem roszczeń odszkodowawczych z tytułu niewykonania lub też nienależytego wykonania kontraktu. Nie może natomiast

podmiot dominujący na określonym rynku bronić się przed stratami spowodowanymi przez nierzetelnego, wedle jego oceny, kontrahenta nadużywając posiadanej siły rynkowej. Takie zachowanie sprzeczne jest z art. 8 Ustawy i nie może być usprawiedliwiane w opisany powyżej sposób. Mając to na względzie, nie zasługują, jako bezprzedmiotowe, na uwzględnienie wnioski PKP Cargo o: ustalenie masy węgla kamiennego przewiezonego przez CTL Logistics oraz relacji w jakich przewozy te zostały zrealizowane; ustalenie wysokości zysków Grupy CTL Logistics z tytułu przewozu masy uprzednio zadeklarowanej do przewozu przez PKP Cargo w ramach wskazanych umów, zbadanie czy konkurent PKP Cargo posiadając informacje jakie posiada spedytor na podstawie zawartej ze Spółką umowy może bez przeszkód przejąć jej klienta.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS podmiot dominujący na rynku ma prawo chronić swoje uzasadnione interesy handlowe i reagować na działania rynkowe konkurentów²⁶ – musi mieć on jednak na względzie, w myśl orzecznictwa wspólnotowego, szczególną odpowiedzialność spoczywającą na nim, by nie zakłócać swoimi działaniami skutecznej konkurencji na rynku²⁷. Jak w niniejszej decyzji wykazano takiego zakłócenia konkurencji na rynku właściwym dopuściło się PKP Cargo.

Jednocześnie podkreślić wypada, iż zarzucana PKP Cargo praktyka nie była antykonkurencyjna jedynie co do celu, ale wywarła też na rynku antykonkurencyjne skutki – wykluczyła bowiem po dniu 1 maja 2006 r. możliwość przewozu towarów na zasadach szczególnych (tj. na podstawie umowy wieloletniej, specjalnej, handlowej) przez innych przewoźników kolejowych oraz spółki należące do ich grup kapitałowych. Dowodem na wprowadzenie praktyki w życie są pisma Spółki z dnia 24 i 26 kwietnia 2006 r. (nr CHR1-S-811-218-2006 i CHR2-1a-811-6/2005) do CTL Logistics S.A., w których powołując się na kwestionowane w niniejszym postępowaniu zapisy „Zasad sprzedaży” dominant odmawia zawarcia z Wnioskodawcą umów specjalnych i wieloletnich na przewóz węgla kamiennego, koksu oraz nawozów sztucznych. Ponadto PKP Cargo nie kwestionowało w toku przedmiotowego postępowania antymonopolowego faktu, iż zaskarżone przez CTL Logistics zapisy „Zasad sprzedaży” (w późniejszym okresie „Regulaminu sprzedaży”) zostały wprowadzone w życie. Mając na względzie powyższe twierdzenie PKP Cargo, jakoby wprowadzenie zasady niekontraktowania z konkurentami na zasadach szczególnych w zakresie przewożonych przez nich towarów nie ograniczyło rozwoju konkurencji nie może się ostać.

Nie zasługuje, w ocenie organu antymonopolowego, na uwzględnienie także argument PKP Cargo, w myśl którego zarzucana dominantowi praktyka nie ma miejsca z uwagi na fakt, iż:

²⁶ Tak: ETS w wyroku z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 (*United Brands*)

²⁷ Tak: ETS w wyrokach: z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 (*Michelin I*) i z dnia 16 marca 2000 r. w połączonych sprawach C-395/96 P i C-396/96 P (*Compagnie Maritime Belge Transports S.A., Compagnie Maritime Belge S.A. & Dafra-Lines A/S*)

- a) PKP Cargo zawierało i zawiera z konkurentami umowy przewidujące upusty od Taryfy Towarowej PKP Cargo S.A. o czym świadczy zapis § 4 ust. 2 „Regulaminu sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”,
- b) Spółka nie odmawia także konkurentom zawierania umów na zasadach szczególnych, jako że PKP Cargo zawiera z konkurentami umowy na warunkach szczególnych na przewóz tych pozycji NHM, których konkurenci nie przewożą we własnym zakresie.

Na wstępie wyjaśnić należy, iż zgodnie z powoływanym przez stronę § 4 ust. 2 „Regulaminu sprzedaży” *„Dla usług przewozowych świadczonych na zasadach ogólnych udziela się stałego 25% upustu od opłaty z tytułu przewozu (przewoźne), wyliczanej z zastosowaniem opłaty podstawowej z Tabeli A-1 Taryfy towarowej PKP Cargo S.A.”*.

Jak wynika z postanowienia z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. akt DOK1-411-5/06/AZ, oraz sentencji niniejszej decyzji, zarzucana PKP Cargo praktyka polega na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej PKP Cargo S.A. Upust zaś o jakim mowa w § 4 ust. 2 „Regulaminu sprzedaży” przyznawany jest automatycznie wszystkim kontrahentom zawierającym umowę przewozu na zasadach ogólnych – bez względu na to czy są oni konkurentami PKP Cargo czy nie, a także bez względu na masę przewożonego towaru. Zarzucana dominantowi praktyka dotyczy natomiast upustów jakich udziela on podmiotom współpracującym z nim na zasadach szczególnych, zaś upust o którym mowa w przytoczonym fragmencie „Regulaminu sprzedaży” udzielany jest klientom przewożącym towary na zasadach ogólnych – tj. tym, którzy nie dokonują stałych, regularnych przewozów dużych ilości towarów. Przy czym poprawne jest rozumienie pojęcia współpracy na zasadach szczególnych przez PKP Cargo²⁸ – oznacza ona bowiem współpracę w ramach umów wieloletnich i specjalnych, a w późniejszym okresie (od dnia 1 lipca 2007 r.) handlowych.

Nie ma zatem w świetle powyższego wątpliwości, iż stawiany PKP Cargo zarzut sformułowany został poprawnie, zaś podnoszony przez spółkę argument odnośnie zawierania przez spółkę z konkurentami umów przewidujących upusty od Taryfy Towarowej nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie jest zasadne w ocenie Prezesa UOKiK także drugie z zastrzeżeń Spółki dotyczące treści stawianego jej zarzutu. Organ antymonopolowy nie przeczy, iż PKP Cargo zawiera z innymi przewoźnikami kolejowymi umowy na zasadach szczególnych na przewóz towarów (oznaczonych wg pozycji NHM), których nie przewożą oni w ramach działalności własnego przedsiębiorstwa. Nie ulega jednocześnie wątpliwości – wynika to jasno z zapisów „Zasad Sprzedaży” i „Regulaminu Sprzedaży”, nadto nie przeczy temu PKP Cargo – że dominant odmawia współpracy z konkurentami na zasadach szczególnych w zakresie towarów przewożonych przez nich w ramach

²⁸ Strona 2 pisma PKP Cargo z dnia 8 września 2008 r.

własnej działalności gospodarczej. PKP Cargo wyklucza zatem współpracę na zasadach specjalnych w obszarze towarów, w którym podmiot posiadający licencję przewoźnika rzeczywiście prowadzi działalność konkurencyjną wobec dominanta (**był jego konkurentem**). W zakresie więc towarów, odnośnie których PKP Cargo było gotowe zawrzeć umowę wieloletnią, specjalną lub w późniejszym okresie handlową, licencjonowany przewoźnik **nie był konkurentem spółki**, ale jedynie potencjalnym klientem Spółki, nie mającym możliwości lub woli przewiezienia tych towarów w ramach własnej działalności.

Podsumowując zatem raz jeszcze należy podkreślić, iż PKP Cargo **odmawia zawarcia umów na zasadach szczególnych swoim konkurentom** w zakresie towarów przez nich przewożonych, deklarując jednocześnie możliwość nawiązania współpracy na zasadach szczególnych odnośnie towarów, których przewoźnik nie przewozi czyli odnośnie towarów, co do których **nie jest on konkurentem** Spółki.

W świetle powyższego podnoszony przez PKP Cargo argument odnośnie zawierania przez spółkę z konkurentami umów na zasadach szczególnych nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zmienia negatywnej oceny praktyki zarzucanej PKP Cargo wyrok ETS z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97²⁹, na który powołuje się Spółka oraz tezy w nim zawarte. W odróżnieniu do zachowania ocenianego w ww. orzeczeniu ETS, praktyka PKP Cargo jest działaniem o charakterze odwetowym, wymierzonym w konkurentów Spółki. Nadto PKP Cargo odmawia współpracy podmiotom, z którymi miało wcześniej zawarte umowy w ramach przewozów świadczonych na zasadach szczególnych i które to podmioty licząc na dalszą współpracę ze Spółką mogły poczynić oparte na tym założenia w swojej strategii rynkowej, zaś odmowa zawarcia umów na zasadach szczególnych po dniu 1 maja 2006 r. mogła narazić je na straty i zmniejszyć ich konkurencyjność na rynku.

Analizując zarzucaną Spółce praktykę należy mieć na uwadze m.in. wywody Sądu Apelacyjnego w Warszawie zawarte w wyroku z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. VI ACa 1577/07, w którym sąd drugiej instancji stwierdził m.in.: *„Nie powinno mieć przy tym znaczenia dla PKP Cargo (...) z kim zawiera umowę, jeżeli przedmiotem tej umowy są takie same usługi przewozu. Okoliczność, kto jest kontrahentem PKP Cargo (odbiorca bezpośredni czy spedytor) nie powinna wpływać na warunki tej umowy. Zaliczenie usługobiorcy do konkretnej grupy podmiotów, nie ma związku z kosztami świadczenia usług przewozowych przez PKP Cargo. **Z tych względów uzasadnianie możliwości różnicowania upustów w zależności od przynależności odbiorcy do poszczególnej grupy podmiotów, należy uznać za nieuzasadnione**”.*

Mając na względzie powyższy fragment wyroku przyjąć można, iż skoro Sąd Apelacyjny uznał za niezasadne różnicowanie wielkości upustów przyznawanych kontrahentom w zależności od ich przynależności do poszczególnych grup podmiotów, to tym bardziej, rozumując *a minori ad maius*, antykonkurencyjna jest

²⁹ Sprawa *Oscar Bronner vs Mediaprint*

odmowa przyznania określonej grupie kontrahentów upustów udzielanych w ramach umów wieloletnich, specjalnych czy handlowych. Chcąc pozostać w zgodzie z przepisami Ustawy, PKP Cargo nie powinno zatem dzielić swoich klientów, na tych którzy prowadzą działalność konkurencyjną oraz tych, którzy takiej działalności nie prowadzą i wykluczać następnie możliwość współpracy na zasadach szczególnych z tymi pierwszymi, pozbawiając ich przez to atrakcyjnych upustów związanych z umowami wieloletnimi, specjalnymi i handlowymi.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, PKP Cargo nie może rozważając podpisanie umowy przewozu kierować się w żaden sposób kryteriami podmiotowymi dotyczącymi ewentualnego kontrahenta, gdyż jak stwierdził sąd drugiej instancji *„przewoźnik nie jest uprawniony do badania zakresu działalności swoich kontrahentów, a wkraczanie przez dominanta w tę sferę, jako warunku zawarcia umowy lub zawarcia umowy określonej treści, winno być uznane za przejaw praktyki nadużycia pozycji dominującej”*³⁰. Jasnym jest zatem w świetle powyższych wywodów Sądu Apelacyjnego, iż Spółka dzieląc potencjalnych kontrahentów według charakteryzujących ich właściwości podmiotowych, nie mających żadnego wpływu na koszt usługi przewozowej po stronie PKP Cargo, a następnie odmawiając części z nich nawiązania współpracy na zasadach szczególnych, nadużyła pozycji dominującej na rynku właściwym.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 listopada 2008 r., sygn. akt III SK 9/08, opisując istotę praktyki z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy stwierdził, iż *„polega na takim prowadzeniu działalności gospodarczej, (...) które wpływa na powstanie lub funkcjonowanie konkurencji na rynku, na którym działa sam dominant lub na rynkach powiązanych. (...) Przepis ma bowiem zastosowanie przede wszystkim do takich praktyk, które utrudniają wejście na dany rynek innym przedsiębiorcom, czyniąc je droższym, a w ten sposób mniej opłacalnym i bardziej ryzykownym, poprzez określenie różnego rodzaju warunków, jakie muszą spełnić potencjalni nowi uczestnicy rynku, a także dotychczasowi, jeżeli chcieliby dalej działać na tym samym rynku co do tej pory”*.

Ingerencja PKP Cargo w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji na rynku towarowych przewozów kolejną polega na tym, iż wprowadzenie do „Zasad sprzedaży” zaskarżonych zapisów (a następnie przetransponowanie ich do „Regulaminu sprzedaży”) uniemożliwiło przewoźnikom konkurencyjnym współpracę ze Spółką na korzystnych finansowo warunkach w ramach jednej z umów szczególnych, znacznie utrudniając skuteczne konkurowanie z dominantem. Także potencjalne wejście nowych podmiotów na rynek stało się, używając terminologii Sądu Najwyższego, *„mniej opłacalne i bardziej ryzykowne”* - przewoźnicy nie mogą bowiem, w przypadku podjęcia przewozów towarów objętych którąkolwiek z umów szczególnych, liczyć na przyznawane w ramach tych umów znaczące upusty. Brak możliwości nawiązania współpracy na zasadach szczególnych odnośnie towarów przewożonych w ramach działalności własnego przedsiębiorstwa lub też wypowiedzenie zawartej wcześniej umowy wieloletniej, specjalnej czy handlowej w przypadku rozpoczęcia przewozów towarów nimi objętych jest sankcją ze strony PKP Cargo za prowadzenie działalności

³⁰ Cytowany wcześniej wyrok Sądu Apelacyjnego w W-wie z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt VI 1577/07

konkurencyjnej wobec Spółki. Opisany mechanizm ma zatem charakter wykluczający i dyskryminacyjny.

Polemizując ze stawianym Spółce zarzutem, PKP Cargo w piśmie z dnia 31 marca 2009 r. stwierdza m.in., iż: „*dyspozycją tego przepisu (art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy – przyp. Prezesa UOKiK) z pewnością nie są objęte działania, które stanowią odmowę finansowania świetnie radzącej sobie konkurencji, czy też odmowę jej wspierania*”. Spółka powołuje się przy tym na wywód zawarty w komentarzu do Ustawy autorstwa E. Modzelewskiej-Wąchal, zgodnie z którym: „*na tle prawa antymonopolowego przedsiębiorca dominant ma jedynie obowiązek konkurencji nie szkodzić i nie przeciwdziałać jej rozwojowi, nie musi natomiast stymulować jej rozwoju*”³¹.

Organ antymonopolowy nie kwestionuje słuszności przytoczonej wypowiedzi PKP Cargo, ani cytowanej tezy przedstawiciela doktryny, jednakże w ocenie Prezesa UOKiK nie jest zasadne i przekonujące podnoszenie ich w kontekście stawianego Spółce zarzutu. PKP Cargo w swojej wypowiedzi próbuje bowiem zaklasyfikować praktykę jednakowego traktowania wszystkich swoich kontrahentów przez podmiot dominujący oraz nie dyskryminowania żadnej grupy rzeczywistych i potencjalnych klientów, jako finansowanie czy wspieranie konkurencji. Tego typu twierdzenie uznać należy jedynie za wyraz subiektywnego stanowiska strony postępowania kwestionującej stawiany jej zarzut. Nie jest bowiem zrozumiałe dla Prezesa UOKiK dlaczego przewozy towarów kolejną świadczone w ramach współpracy na zasadach szczególnych, za które kontrahenci płacą żadaną cenę są opłacalną działalnością gospodarczą w przypadku klientów nie będących przewoźnikami kolejowymi, zaś w przypadku klientów-przewoźników są finansowaniem konkurencji. Ujmując to bardziej obrazowo mamy tu do czynienia z sytuacją w której przewóz jednakowej ilości towaru na tej samej trasie na podstawie jednej z umów szczególnych jest (jak domniemywa Prezes UOKiK) opłacalny dla Spółki w przypadku kontrahenta A, którym jest elektrownia lub kopalnia, zaś w przypadku kontrahenta B – przewoźnika kolejowego jest finansowaniem konkurencji, na którym PKP Cargo najwyraźniej traci.

Odnosząc się zaś do cytowanej w piśmie PKP Cargo tezy zawartej w komentarzu do ustawy antymonopolowej Prezes UOKiK stoi na stanowisku, iż zarzucana PKP Cargo praktyka szkodzi konkurencji i przeciwdziała jej rozwojowi, co wykazane zostało w niniejszej decyzji.

Spółka podnosi także, iż oferowanie usług przewozowych na preferencyjnych warunkach konkurentom byłoby „*bezzasadnym uprzywilejowaniem niektórych przedsiębiorców oraz godziłoby w interesy ekonomiczne PKP Cargo*”, zaś „*nie podjęcie przez Zarząd Spółki działań zapobiegających narażaniu PKP Cargo na coraz większe straty mogłoby doprowadzić do postawienia członkom zarządu PKP Cargo zarzutu niegospodarności majątkiem państwowym, jak również zarzutu działania na szkodę Spółki w oparciu o art. 585 k.s.h.*”.

³¹ Elżbieta Modzelewska-Wąchal „Ustawa ...”, op. cit., str. 100

Z przytoczoną argumentacją nie sposób się zgodzić. Nie można, w ocenie organu antymonopolowego, określić zawarcia z kontrahentem umowy na warunkach przewidzianych w ogólnie dostępnych dokumentach Spółki („Zasady sprzedaży”, „Regulamin sprzedaży”) jako „bezzasadne uprzywilejowanie” tego podmiotu. Gdyby przyjąć argumentację PKP Cargo za słuszną, należało by skonstatować, że to sam dominant stworzył zasady świadczenia usług przewozu towarów bezzasadnie uprzywilejujące część klientów (*ergo* dyskryminujące pozostałych).

Co zaś tyczy się ewentualnych zarzutów pod adresem zarządu Spółki podkreślić należy, iż wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji uznającej opisaną w sentencji praktykę za naruszającą art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy nie może być uznane za równoznaczne ze zmuszaniem zarządu Spółki do niepodejmowania działań zapobiegającym stratom. PKP Cargo mogło bowiem podjąć innego rodzaju działania, korzystne dla Spółki, a jednocześnie zgodne z ustawą antymonopolową. Nadto mając na względzie racjonalność ustawodawcy oraz wewnętrzną spójność prawa, jako naczelną zasadę jego tworzenia, prawo konkurencji nie może zmuszać przedsiębiorcy do działania lub zaniechania, które sprzeczne byłoby z innymi ustawami, w tym kodeksem spółek handlowych i narażało członków organów przedsiębiorcy na sankcje z tego tytułu.

Wyjaśnić także należy, iż Prezes UOKiK nie zarzuca Spółce ograniczania konkurencji poprzez odmowę konkurentom przewozu na zasadach szczególnych towarów, których nie przewożą oni we własnym zakresie. Organ antymonopolowy jest świadomy, że przewoźnik konkurencyjny może podpisać z PKP Cargo umowę zawieraną w ramach współpracy na zasadach szczególnych, na przewóz tych towarów. Jednocześnie nie może być to, wbrew twierdzeniom PKP Cargo (*vide* pismo Spółki z dnia 31 marca 2009 r.), dowodem na brak intencji dominanta do ograniczania konkurencji na rynku właściwym. Jeżeli bowiem Spółka w sposób sprzeczny z Ustawą ogranicza konkurencję odmawiając współpracy z konkurentami na zasadach szczególnych w odniesieniu do przewożonych przez nich towarów, a jest jednocześnie gotowa transportować dla nich na tych zasadach towary przez nich nieprzewożone, to nie może brak ograniczenia w tym drugim zakresie świadczyć o braku intencji ograniczania konkurencji w pierwszym. Sama Spółka uczyniła poprzez stosowne zapisy w „Zasadach sprzedaży” (w późniejszym okresie „Regulaminie sprzedaży”) ze współpracy z konkurentami na zasadach szczególnych dwa odrębne pola działalności, na których panują odmienne zasady kontraktowania i poprawność zachowania Spółki na jednym z nich, nie może świadczyć o braku naruszenia ustawy na drugim.

Ponadto Prezes UOKiK zwraca uwagę na fakt, iż zgodnie z poglądami orzecznictwa i doktryny nadużycie pozycji dominującej jest zachowaniem o charakterze obiektywnym i ustawa zakazuje tego rodzaju praktykę bez względu na intencje przedsiębiorcy dominującego. Zatem brak winy, zamiaru po stronie dominanta w żaden sposób nie legalizuje zarzucanej mu praktyki – z uwagi na to, że przy ocenie zachowania dominanta w świetle art. 8 Ustawy strona subiektywna czynu nie ma znaczenia³².

³² Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka w: „Ustawa ...”, op. cit., str. 345 oraz powołane tam orzecznictwo.

W ostatecznym stanowisku złożonym w sprawie (pismo z dnia 19 czerwca 2009 r.) PKP Cargo podnosi, iż przepisem art. 8 ust. 2 pkt 5 zakazane są działania polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, przy czym jako „warunek niezbędny” rozumieć należy warunek bez którego powstanie lub rozwój konkurencji nie był by możliwy, warunek konieczny. Zdaniem Spółki prezentowane przez nią dowody i argumenty nie pozostawiają wątpliwości, że kontraktowanie przez dominanta z konkurencyjnymi przewoźnikami (oraz spedytorami z ich grup kapitałowych) w nieograniczonym zakresie nie spełnia ustawowej przesłanki niezbędności dla powstania czy rozwoju konkurencji na rynku właściwym.

Ustosunkowując się do powyższego stwierdzić należy, iż każde działanie dominanta utrudniające funkcjonowanie konkurentom, które nie da się zaklasyfikować jako konkurowanie oparte na podstawach merytorycznych (tzw. *competition on the merits*), przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. Zatem rozważania o „warunkach, bez których nie można się obejść, koniecznych” oraz „barierach nie do pokonania” nie znajdują w ocenie Prezesa UOKiK oparcia ani w treści art. 8 ust. 2 pkt 5 ani też w celach prawa antymonopolowego. Nawet jeśli przewoźnicy konkurencyjni pomimo kwestionowanych zachowań dominanta, umacniają swoją pozycję na rynku właściwym, przedmiotowa praktyka ogranicza możliwości ich działania, przez co konkurencja na rynku rozwija się wolniej, niż miało by to miejsce w warunkach niezniekształconych antykonkurencyjnymi zachowaniami dominanta. Tym samym, biorąc pod uwagę zasadniczy cel prawa konkurencji, jakim jest ochrona dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*)³³, nie ulega wątpliwości, że kwestionowane w niniejszym postępowaniu zachowania dominanta nie mogą być uznane za zgodne z prawem. Gdyby przyjąć rozumowanie PKP Cargo, jedynie praktyki całkowicie uniemożliwiające konkurentom wejście na rynek lub funkcjonowanie na nim (tj. ustanawiające „bariery nie do pokonania”) byłyby zabronione prawem konkurencji, co nie znajduje potwierdzenia ani w poglądach doktryny, ani w orzecznictwie.

Wedle twierdzeń Spółki³⁴ Wnioskodawca opracował metodę „obejścia” zaskarżonych postanowień „Regulaminu sprzedaży” i za pośrednictwem umów zawartych z innymi spedytorami, z którymi PKP Cargo zawarła umowy handlowe przewidujące upusty od Taryfy Towarowej, zleca Spółce przewóz towarów, których organizację przewozu zobowiązał się zrealizować wobec swoich klientów.

Opisane zachowanie rynkowe CTL Logistics (zakładając, że rzeczywiście ma miejsce) jest, w ocenie Prezesa UOKiK, irrelevantne dla oceny zarzucanej PKP Cargo praktyki w świetle zakazu art. 8 Ustawy. Jeżeli natomiast narusza w jakikolwiek sposób interesy gospodarcze Spółki może ona dochodzić swoich roszczeń przed sądem powszechnym m.in. w trybie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

³³ Tak m.in.: Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka w: „Ustawa ...”, op. cit., str. 42-43 oraz 341; E. Modzelewska – Wąchał „Ustawa ...”, op. cit., str. 10 także: Tadeusz Skoczny (red.) „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Warszawa 2009 r., str. 52-53

³⁴ Ostateczne stanowisko PKP Cargo w sprawie – pismo z dnia 19 czerwca 2009 r.

Nie jest zatem zasadny wniosek dowodowy PKP Cargo o przeprowadzenie przez organ antymonopolowy dowodu na okoliczność czy CTL Logistics zleca PKP Cargo przewóz towarów, których transport realizują przewoźnicy z jego grupy kapitałowej, za pośrednictwem niepowiązanych kapitałowo z Wnioskodawcą spedytatorów, obchodząc w ten sposób postanowienia „Regulaminu sprzedaży”.

Odnosząc się do argumentów podniesionych przez PKP Cargo w ostatecznym stanowisku, a dotyczących ewentualnych skutków decyzji uznającej praktykę Spółki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaprzestania jej stosowania Prezes UOKiK wyjaśnia, co następuje.

Do ustawowych kompetencji Prezesa UOKiK na tle niniejszego postępowania należy ocena zarzucanej praktyki przedsiębiorcy w pod względem jej zgodności z art. 8 Ustawy (w decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe, w którym domniemanemu dominantowi przysługują prawa strony). Natomiast obowiązkiem przedsiębiorcy, którego praktyka została zakwestionowana jest takie wykonanie decyzji organu antymonopolowego, które zapewni z jednej strony zgodność jej polityki rynkowej z prawem konkurencji, z drugiej zaś chronić będzie uzasadnione interesy dominanty. Nie może zatem Prezes UOKiK wypowiadając się w decyzji kończącej postępowanie administracyjne odnośnie zgodności kwestionowanej praktyki z Ustawą, kierować się ewentualnymi negatywnymi skutkami decyzji dla pozycji rynkowej podmiotu dominującego.

Tym niemniej nadmienić należy, że Prezes UOKiK ustosunkował się powyżej do argumentów Spółki dotyczących niezbędności kwestionowanych zapisów „Zasad sprzedaży” dla ochrony jej interesów handlowych oraz finansowania działalności konkurentów poprzez zawieranie z nimi umów na zasadach szczególnych na przewóz towarów transportowanych przez nich w ramach własnej działalności oraz wyjaśnił dlaczego twierdzenia powyższe nie mogą się ostać.

Co się zaś tyczy ujawniania konkurencyjnym przewoźnikom polityki cenowej Spółki i warunków handlowych oferowanych klientom, wyjaśnić należy, że istotą prowadzenia działalności gospodarczej jest występowanie z ofertą do potencjalnych klientów i sprzedaż im swoich towarów lub usług za określoną cenę. Warunkiem zawarcia np. umowy przewozu z kontrahentem jest zatem przedstawienie jej szczegółów w tym m.in. ceny. Tymczasem PKP Cargo uznaje przedstawienie oferty przewozu w ramach współpracy na zasadach szczególnych przewoźnikowi konkurencyjnemu lub podmiotowi należącemu do grupy kapitałowej w skład, której wchodzi przewoźnik kolejowy oraz zawarcie z nim umowy przewozu, za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedsiębiorca nie może efektywnie funkcjonować na rynku nie ujawniając w mniejszym lub większym stopniu szczegółów swojej oferty – przy takim założeniu nie byłoby możliwe zdobycie klientów. Nadto podnieść należy, iż wątpliwości budzi także skuteczność przyjętej przez PKP Cargo metody ochrony rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa – konkurent Spółki mógłby bowiem dokonać przejęcia klienta także nie znając precyzyjnie postanowień zawartej przez niego z PKP

Cargo umowy lub też szczegółów potencjalnej oferty dominanta, poprzez składanie mu coraz to bardziej korzystnych ofert przewozu towarów.

Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, iż zarzucana PKP Cargo praktyka ma charakter antykonkurencyjny i narusza zakaz ustanowiony w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Kara pieniężna

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej, 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 w art. 8 Ustawy.

Jak wynika z powyższego ustawa antymonopolowa wprowadziła zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie przesądza też bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa UOKiK, który decyduje o tym w każdym konkretnym przypadku, kierując się założeniem, że sankcja musi spełniać zarówno funkcję represyjną, tj. stanowić reperkusje za naruszenie Ustawy, jak i prewencyjną, tj. zapobiegać naruszeniom przepisów w przyszłości. Przepis art. 104 ustawy antymonopolowej obliuguje jednak Prezesa UOKiK aby przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 101-103, wziął pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Z ostatniego z wymienionych kryteriów wynika zatem, iż Prezes UOKiK powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach tzw. „recydywy” w zakresie deliktów antymonopolowych, gdzie ponowne popełnienie czynu naruszającego Ustawę (recydywa) jest okolicznością obciążającą wpływającą na surowszy wymiar kary. Przepis art. 104 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie wymaga, aby uwzględnienie omawianego kryterium ograniczać do przypadków, kiedy doszło do naruszenia tego samego bądź nawet podobnego przepisu ustawy; tożsamość przedmiotowa (dotycząca rodzajów naruszeń) nie jest warunkiem uznania, że doszło do recydywy antymonopolowej. Zachodzi ona także w razie, gdy przedmiotem uprzedniego naruszenia były przepis proceduralny lub dający Prezesowi UOKiK możliwość nałożenia określonego obowiązku, z którego przedsiębiorca (lub związek przedsiębiorców) się nie wywiązał, a następnie doszło do naruszenia przepisu materialnoprawnego. Dla stwierdzenia recydywy w zakresie deliktu antymonopolowego nie ma znaczenia liczba wcześniejszych naruszeń ustawy; może nastąpić to tylko jeden bądź więcej razy. Oczywiście „wielokrotna recydywa” będzie

stanowiąc okoliczność bardziej obciążającą niż w przypadku pierwszego dopuszczenia się recydywy w zakresie ww. deliktu.

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 osiągnąć³⁵.

W postępowaniu niniejszym za udowodnione należy uznać, iż doszło do nadużywania przez PKP Cargo pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych. Strona dopuściła się zatem naruszenia zakazu, o których mowa w art. 8 ust. 1 w zw. z 8 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej.

Zdaniem Prezesa UOKiK okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności charakter i uciążliwość stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję, w pełni uzasadniają nałożenie kary pieniężnej na dominanta.

Dokonując oceny stopnia zawinienia PKP Cargo w niniejszej sprawie Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak PKP Cargo. Biorąc pod uwagę fakt, iż podmiot ten działa na dużą skalę (świadczą o tym uzyskiwane przez niego przychody), jak również fakt, iż działa na rynku od wielu lat (dysponuje zatem odpowiednim doświadczeniem) powinien on przewidzieć, że podejmowane przez niego działania będą uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję. Organ antymonopolowy wziął zatem pod uwagę fakt, że duże przedsiębiorstwa, działające w ramach grup kapitałowych, posiadać powinny odpowiednią wiedzę prawniczą i ekonomiczną, która umożliwia łatwiejszą ocenę, czy ich zachowanie stanowi naruszenie prawa konkurencji, powodując określone skutki na rynku. W sposób szczególny powyższe uwagi odnoszą się do PKP Cargo, które wielokrotnie było stroną postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK³⁶.

PKP Cargo naruszyło ustawę antymonopolową w taki sposób, iż przypisać mu można, w ocenie Prezesa UOKiK, winę umyślną. Strona świadomie i z rozeznanem skutków swego postępowania zmieniając „Zasady sprzedaży” pozbawiła swoich konkurentów możliwości współpracy na zasadach szczególnych a co za tym idzie związanych z nią atrakcyjnych upustów. Celem PKP Cargo było utrudnienie funkcjonowania

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98

³⁶ Postępowania antymonopolowe przeciwko PKP Cargo zakończone decyzjami: Nr DDI 38/2002 z dnia 10 maja 2002 r., Nr DOK-50/2004 z dnia 17 czerwca 2004 r., Nr DOK - 142/04 z dnia 31 grudnia 2004 r., Nr DOK-108/2005 z dnia 20 września 2005 r., Nr DOK-172/05 z dnia 21 grudnia 2005 r., Nr DOK-94/07 z dnia 27 lipca 2007 r.

konkurentom na rynku przy wykorzystaniu własnej siły rynkowej. Wbrew twierdzeniom Spółki, współpraca na zasadach szczególnych z podmiotami konkurencyjnymi nie byłaby w ocenie Prezesa UOKiK „*wspieraniem konkurentów*” czy „*ulstwianiem im wzmacniania siły rynkowej własnym kosztem*”. Odmowa nawiązania takiej współpracy z częścią potencjalnych klientów (tj. z tymi którzy prowadzą działalność konkurencyjną) przez podmiot dominujący na rynku ma, jak wykazano w niniejszej decyzji, charakter dyskryminacyjny i nie jest obiektywnie uzasadniona. Biorąc pod uwagę wykazane wyżej podobieństwo zarzucanej praktyki do praktyki stwierdzonej w decyzji prezesa UOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r., nr DOK-50/2004 (pkt I sentencji) oraz znaczącą wiedzę prawniczą i ekonomiczną PKP Cargo odnośnie możliwości sprzeczności swego postępowania z regułami konkurencji należy przyjąć, że dominant co najmniej godził się z naruszeniem zakazu art. 8 ustawy antymonopolowej.

Podniesione powyżej okoliczności wskazujące na umyślność naruszenia przez PKP Cargo reguł konkurencji utwierdziły organ antymonopolowy w konieczności nałożenia na dominanta kary pieniężnej, mimo iż, nie jest to w świetle art. 101 ust. 1 Ustawy obligatoryjne.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes UOKiK, mając na względzie treść „*Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*” w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia. Dokonując tej oceny organ wziął pod uwagę, że o wadze naruszenia decydują dwie grupy okoliczności: dotyczące (a) natury naruszenia i (b) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.

W kwestii natury naruszenia Prezes UOKiK wyróżnia (i) **naruszenia bardzo poważne**, do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, (ii) **naruszenia poważne**, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, (iii) naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (**naruszenia pozostałe**), do których należą m.in. porozumienia wertykalne nie dotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.

W ocenie Prezesa UOKiK zarzucaną PKP Cargo praktykę zaliczyć należy do **poważnych naruszeń** prawa konkurencji. Za powyższym przemawia fakt, iż pozbawienie wszystkich przewoźników konkurencyjnych możliwości przewozu towarów w ramach umów wieloletnich, specjalnych czy handlowych, w sytuacji gdy sami także przewożą dane towary oraz ograniczenie klientom wyboru przewoźnika poprzez uniemożliwienie zlecenia przewozu podmiotowi związanemu w zakresie

danego towaru jedną z ww. umów z PKP Cargo istotnie ogranicza konkurencję. Podnieść przy tym należy iż działanie dominanta było w pełni przemyślane i zaplanowane – kwestionowane zapisy zostały wprowadzone do „Zasad sprzedaży” uchwałą zarządu Spółki. Zatem wykluczenie możliwości współpracy na warunkach preferencyjnych z konkurentami w zakresie przewożonych przez nich towarów stało się po dniu 1 maja 2006 r. istotnym elementem strategii rynkowej dominującego przewoźnika. Podkreślenia wymaga fakt, iż, jak wyżej wykazano, dominant dopuścił się stosowania praktyki podobnej do tej, która zakazano decyzją Prezesa UOKiK nr DOK-50/2004 przenosząc zakwestionowane ww. decyzją zapisy umów wieloletnich do „Zasad sprzedaży” i rozszerzając zakres ich stosowania na wszystkie typy umów zawierane w ramach przewozów na zasadach szczególnych.

Mając zatem na względzie samą naturę stwierdzonego naruszenia wysokość kary pieniężnej należało określić na poziomie 0,64% przychodu PKP Cargo.

Organ antymonopolowy określając wysokość nałożonej na dominanta kary pieniężnej wyszedł z założenia, iż jej wymiar nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorcy, a zatem powinna podlegać dalszej modyfikacji.

W ocenie Prezesa UOKiK zważyć należało zatem, że wszelkie zniekształcenia konkurencji na rynku transportu towarów mają negatywne skutki dla innych gałęzi gospodarki z uwagi na konieczność uwzględnienia w kosztach funkcjonowania przedsiębiorstw, a co za tym idzie w cenie towaru lub usługi, także kosztów transportu. Wspomnieć przy tym wypada, iż na wpływ ograniczenia konkurencji w sektorze transportu na kondycję gospodarki jako całości, jako na argument przemawiający za nadaniem rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji Prezesa UOKiK uznającej praktyki PKP Cargo za sprzeczne z art. 8 Ustawy i nakazującej zaprzestania ich stosowania wskazał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie sygn. akt XVII Ama 72/05.

Biorąc pod uwagę wysokie bariery wejścia oraz bardzo duży potencjał PKP Cargo, o których wspomniano w części uzasadnienia dotyczącej rynku właściwego oraz pozycji dominującej, przyjąć należy, iż skutki zarzucanej praktyki dla rynku były tym większe. Na duże znaczenie stosowanej praktyki dla dominanta a zarazem dla rynku wskazuje znaczący odsetek towarów przewożonych przez PKP Cargo w ramach umów, których ona dotyczyła w poszczególnych latach okresu 2006-2008 (patrz tabela nr 2, str. 20 niniejszej decyzji). Podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż dominant wprowadził stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie w życie oraz, że stwierdzona niniejszą decyzją praktyka ograniczająca konkurencję nie miała miejsca na rynku lokalnym, ale wywarła wpływ na całe terytorium Polski.

W związku z powyższym, wyjściowy poziom kary pieniężnej ustalony w oparciu o naturę naruszenia został zwiększony o 20%, tj. do 0,77% przychodu PKP Cargo.

Kalkulując wymiar kary pieniężnej nakładanej na PKP Cargo organ antymonopolowy zgodnie z dyspozycją art. 104 Ustawy, wziął także pod uwagę czas trwania stwierdzonego naruszenia. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jasno wynika, iż dominant stosował zarzucaną praktykę od dnia 1 maja 2006 r. i nie zaprzestał jej aż do wydania niniejszej decyzji, tj. stosuje ją przez okres co najmniej 3 lat. Zarzucana praktyka jest zatem praktyką długotrwałą i pozbawia przewoźników konkurencyjnych przez cały czas jej trwania możliwości współpracy z dominantem na zasadach szczególnych ograniczając tym samym ich zdolności konkurowania z PKP Cargo na rynku właściwym.

Biorąc pod uwagę powyższe, uzasadnione jest w ocenie Prezesa UOKiK zwiększenie poziomu nakładanej kary pieniężnej o 20%, tj. do 0,92% przychodu Spółki.

Organ antymonopolowy ustalając wysokość kary dla PKP Cargo powinien wziąć ponadto pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary.

Okolicznością obciążającą w stosunku do PKP Cargo jest wyżej opisana umyślność działania oraz fakt uprzedniego naruszania przepisów Ustawy. Wyjaśnić w tym miejscu należy, iż Prezes UOKiK wydawał w przeszłości następujące decyzje stwierdzające stosowanie przez Spółkę praktyk ograniczających konkurencję: z dnia 17 czerwca 2004 r. Nr DOK-50/2004, z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04, z dnia 21 grudnia 2005 r. Nr DOK-172/05 oraz z dnia 27 lipca 2007 r. Nr DOK-94/07 – przy czym jedynie ostatnia z wymienionych decyzji nie jest decyzją prawomocną.

W sprawie nie wystąpiły żadne okoliczności łagodzące, które skutkowałyby zmniejszeniem wysokości kary nakładanej na dominanta.

W ocenie organu antymonopolowego uzasadnione jest zatem dodatkowe zwiększenie nakładanej kary pieniężnej o 20%, tj. do około 1,11% przychodu Spółki.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes UOKiK uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy antymonopolowej oraz wskazane wyżej okoliczności przesądzają o zasadności ustalenia wysokości kary pieniężnej dla PKP Cargo na poziomie 60 362 071,69 zł (słownie: sześćdziesiąt milionów trzysta sześćdziesiąt dwa tysiące siedemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy). Stosownie do przekazanych przez Spółkę informacji, jej przychody ogółem w 2008 r. wyniosły 5 458 086 632,43 zł. Nałożona kara pieniężna stanowi więc około 1,11% uzyskanego przychodu i około 11,1% maksymalnej kary jaką Prezes UOKiK mógłby nałożyć na tę spółkę, zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej.

Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes UOKiK wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny. Nałożona kara pieniężna powinna przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez PKP Cargo reguł konkurencji. Aby skutecznie zapobiegać próbom

pojawienia się w przyszłości takich niekorzystnych zjawisk, musi być ostrzeżeniem odczuwalnym.

Wobec powyższego kara pieniężna w niniejszej sprawie powinna być na tyle dolegliwa, by podmiot nadużywający siły rynkowej odczuł ją w sposób wymierny – w ocenie Prezesa UOKiK kara ustalona w wysokości 60 362 071,69 zł będzie miała wobec strony taki właśnie wymiar.

Jednocześnie stwierdzić należy, że nałożona kara nie jest nadmiernie surowa i stanowi niewielką część przychodów PKP Cargo i możliwej kary maksymalnej.

W świetle wszystkich wskazanych wyżej okoliczności, nałożenie przedmiotowej kary, jak i jej wysokość, jest w pełni uzasadniona.

Rygor natychmiastowej wykonalności

Organ antymonopolowy zdecydował się nadać niniejszej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności. Zgodnie z art. 90 ustawy antymonopolowej, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nadać decyzji powyższy rygor, jeżeli wymaga tego ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów.

Decydując się na nałożenie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, organ antymonopolowy uznał, iż sprawy gospodarcze – a do takich zaliczają się sprawy antymonopolowe – wymagają, z uwagi na swój charakter, możliwie szybkich reakcji. Długotrwały brak wiążących rozstrzygnięć może bowiem doprowadzić do nieodwracalnych skutków rynkowych, których możliwość zaistnienia Prezes UOKiK dostrzegł w przedmiotowej sprawie.

Organ antymonopolowy uznał za zasadne nałożenie rygoru natychmiastowej wykonalności z uwagi na **względny ochrony konkurencji na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych**. Zdaniem Prezesa UOKiK, dalsze stosowanie przez PKP Cargo kwestionowanych zapisów „Zasad sprzedaży” (obecnie „Regulaminu sprzedaży”) doprowadzić może do nieodwracalnych skutków na wskazanym rynku.

Na wstępie stwierdzić należy, iż konkurencja na rynku właściwym w niniejszej sprawie jest osłabiona już przez sam fakt funkcjonowania na nim podmiotu posiadającego silną pozycję dominującą. Pozostałym przewoźnikom trudno jest konkurować w sposób skuteczny z PKP Cargo, z uwagi na znaczną różnicę w potencjale technicznym i ekonomicznym. Podpisywanie umów wieloletnich, specjalnych czy obecnie handlowych zawierających w treści postanowienia sprzeczne z prawem konkurencji, umacnia tą sytuację i w efekcie pozbawia możliwości efektywnego konkurowania z dominantem przez czas ich obowiązywania. Przewoźnicy chcący nawiązać współpracę z PKP Cargo w ramach jednej z ww. umów i otrzymać związane z tym atrakcyjne upusty muszą się liczyć z koniecznością

zaprzestania przewozu towarów objętych umową we własnym zakresie lub też z koniecznością porzucenia takiego zamiaru jeśli przewóz taki dopiero planują.

Jeśliby jednak zdecydowali się na przewóz danych towarów mają świadomość, iż nie mogą w tym zakresie nawiązać współpracy z PKP Cargo w ramach umowy wieloletniej, specjalnej czy obecnie handlowej mimo spełnienia przewidzianych w „Zasadach sprzedaży” kryteriów. W ten sposób dominant ogranicza możliwość prowadzenia przez innych przewoźników działalności konkurencyjnej względem siebie dążąc do zajęcia jak najsilniejszej pozycji na dopiero co zliberalizowanym rynku. Dlatego też istotne znaczenie ma fakt, by reakcja organu antymonopolowego stała się możliwie szybko skuteczna i przyczyniła się do zmiany sytuacji na rynku. Dalsze stosowanie zarzucanej dominantowi praktyki w czasie oczekiwania na prawomocne orzeczenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub Sądu Apelacyjnego w przedmiotowej sprawie, w przypadku ewentualnego odwołania się przez stronę od decyzji Prezesa UOKiK, może doprowadzić do wyeliminowania z rynku aktualnych konkurentów PKP Cargo, a także braku możliwości rozwoju nowych potencjalnych konkurentów. Prezes UOKiK uznał, że decyzja w tej sprawie powinna zostać opatrzona rygiorem natychmiastowej wykonalności, bo tylko natychmiastowe wykreślenie z kontraktów zaskarżonych przez Wnioskodawcę postanowień spowoduje odczuwalny skutek, w postaci ochrony konkurencji na rynku kolejowych przewozów towarowych w Polsce.

Ponadto, należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż brak konkurencji na tym rynku może w przyszłości doprowadzić do wzrostu cen usług przewozowych, a to z kolei będzie miało wpływ na inne rynki produktowe. Przedsiębiorcy oferujący towary przewożone przez PKP Cargo będą musieli odnotować to w swoich kosztach, a w efekcie i w cenie swoich produktów.

W ocenie organu antymonopolowego, istnieje zagrożenie, iż przy utrzymaniu obecnej treści kontraktów wieloletnich, specjalnych czy obecnie handlowych, konkurencyjne wobec PKP Cargo firmy przewozowe będą zmuszone do wycofania się z rynku kolejowych przewozów towarowych. Na przedmiotowym rynku inni przewoźnicy często nawiązują z PKP Cargo współpracę na zasadach szczególnych, aby mieć możliwość zaoferowania swoim klientom konkurencyjnych warunków usług przewozowych. Zobowiązanie innych przewoźników do niepodejmowania działalności konkurencyjnej zmusza ich do rezygnacji z podpisywania umów z kontrahentami na konkretne grupy towarów, co skutkuje utratą klientów.

Polityka handlowa PKP Cargo może doprowadzić w efekcie do eliminacji konkurencji. Nie stanie się to jednak wskutek uczciwej rywalizacji na rynku, poprzez redukcję kosztów i zapewnienie lepszego pakietu usług, ale na skutek stosowania zakazanych praktyk, łamiących prawo konkurencji.

Nadany niniejszej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności wprowadzi, w ocenie Prezesa UOKiK, równe szanse dla wszystkich uczestników rynku, przyczyniając się tym samym do znaczącego rozwoju konkurencji. Natychmiastowe wykonanie decyzji

„uwolni rynek” i da przedsiębiorcom na nim działającym niczym nieograniczone prawo do swobodnego wyboru najlepszego kontrahenta. Czynniki te doprowadzą do rozwoju konkurencji na rynku kolejowych przewozów towarowych, z korzyścią dla wszystkich odbiorców końcowych tych usług. Stanie się to jednak pod warunkiem natychmiastowej wykonalności decyzji. Brak takiego rygoru w przedmiotowej sprawie doprowadzi do sytuacji, w której – z uwagi na długotrwałość drogi odwoławczej – nie tylko utrzymane zostanie *status quo* sprzeczne z regułami konkurencji, ale może zostać także nieodwracalnie zmieniona struktura rynku kolejowych przewozów towarowych, wskutek eliminacji z tego rynku przewoźników konkurencyjnych wobec PKP Cargo.

Wskazać przy tym należy, iż nadając niniejszej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności Prezes UOKiK potwierdza swoje stanowisko odnośnie praktyk dominanta polegających na uzależnianiu nawiązania współpracy na zasadach szczególnych od powstrzymania się od działalności konkurencyjnej przez kontrahenta zajęte w decyzji Nr DOK-50/2004. Jak wyżej wykazano istota zarzucanej PKP Cargo w niniejszym postępowaniu praktyki sprowadza się do tego samego, a jedyna różnica polega na zakresie stosowanej praktyki (obecnie do wszystkich rodzajów umów szczególnych) oraz źródle zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej (obecnie „Zasady sprzedaży” lub „Regulamin sprzedaży”).

W ocenie organu antymonopolowego praktyka taka jest szczególnie szkodliwa. Przez jej stosowanie podmiot dominujący zapobiega bowiem ukształtowaniu się konkurencji na zmonopolizowanym do niedawna rynku a jej dalsze stosowanie wywołałoby negatywne skutki nie tylko dla rzeczywistych i potencjalnych konkurentów PKP Cargo oraz podmiotów korzystających z ich usług (lub też to rozważających), ale także **dla interesu publicznego** – a to ze względu na wpływ jaki zniekształcenia konkurencji w sektorze transportu wywierają na kondycję gospodarki jako całości. Na ten ważny aspekt nadużywania pozycji dominującej przez PKP Cargo zwrócił uwagę SOKiK w wyroku z dnia 12 lipca 2007 r., sygn. akt XVII Ama 72/05, którym zmienił decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04 w punkcie XI, w ten sposób, że **nadał** jej w punktach I, IV, V, VIII i IX **rygor natychmiastowej wykonalności**. Wyjaśnić przy tym należy, iż w ww. punktach wzmiankowanej decyzji organ antymonopolowy uznał opisane w nich zachowania rynkowe PKP Cargo za praktyki ograniczające konkurencję polegające na nadużywaniu pozycji dominującej i nakazał zaniechania ich stosowania. Wyjaśniając w ww. wyroku negatywny wpływ na rynek stwierdzonych i zakazanych decyzją Prezesa UOKiK praktyk PKP Cargo, Sąd Okręgowy stwierdził, że „(...) koszty transportu oddziałują na gospodarke zarówno w skali makro jak i mikroekonomicznej, a szczególnie w tych dziedzinach gospodarki gdzie stanowią relatywnie wysoki składnik kosztów (np. energetyka)”.

Argumentem przemawiającym za nadaniem niniejszej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, a zarazem potwierdzającym skuteczność tego instrumentu oraz jego pozytywne skutki dla konkurencji na rynku oraz dla dobra konsumentów są korzystne następstwa jakie wywołała na rynku natychmiastowa wykonalność decyzji Nr DOK-50/2004. Jak podnosi Wnioskodawca w piśmie z dnia 21 sierpnia 2008 r., usunięcie

zobowiązania się do powstrzymywania od podejmowania działań konkurencyjnych z umów wieloletnich pozwoliło przewoźnikom - kontrahentom PKP Cargo na podjęcie rywalizacji rynkowej z dominantem co spowodowało z kolei znaczące obniżenie stawek przewoźnego (od 10% do nawet 43%).

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w pkt III sentencji.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.), od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa UOKiK, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Na podstawie art. 78 ust. 6 Ustawy w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 2 i art. 479³² ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* na postanowienie zawarte w pkt III niniejszej decyzji przysługuje stronie zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

Otrzymują:

- Pan Krzysztof Kanton
Pan Jarosław Łukawski
Pani Marta Kupczak-Strzelecka

pełnomocnicy:
PKP Cargo S.A.

„Sołtysiński & Szlęzak – Kancelaria Radców
Prawnych oraz Adwokatów Spółka komandytowa”
ul. Wawelska 15B
02-034 Warszawa

- Pan Cezary J. Nowakowski
Pan Krzysztof Bąk
Pan Piotr Ładoń

pełnomocnicy:
CTL Logistics Sp. z o.o.

Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów
Nowakowski i Wspólnicy
Al. Armii Ludowej 26
00-609 Warszawa

- a/a