



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DAR-410-1/05/PK/DK

Warszawa, 31 grudnia 2007 r.

DECYZJA Nr DOK - 99/2007

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 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.), 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 z urzędu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zawarcie przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. w Płocku oraz Grupę LOTOS S.A. w Gdańsku porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej U95, polegającego na ustaleniu jednoczesnego zakończenia produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej U95 oraz wyłączeniu ryzyka przejścia rynku przez konkurenta i **stwierdza zaniechanie stosowania praktyki** z dniem 1 stycznia 2005 r.

II. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2800 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 Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. w Płocku **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa w wysokości 4.500.000 zł (słownie: cztery miliony pięćset tysięcy złotych) za naruszenie zakazu określonego w art. 5 ust. 1 ww. ustawy,
- na Grupę LOTOS S.A. w Gdańsku **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa w wysokości 1.000.000 zł (słownie: jeden milion złotych) za naruszenie zakazu określonego w art. 5 ust. 1 ww. ustawy.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 18 stycznia 2005 r., Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK” lub „organ antymonopolowy”) wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z zaprzestaniem produkcji i sprzedaży benzyny

uniwersalnej U95 przez dotychczasowych producentów. Postępowanie wszczęte zostało w związku z publikacjami prasowymi oraz informacjami zamieszczanymi na stronach internetowych Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN S.A. w Płocku (dalej również: „PKN ORLEN”) i Grupy LOTOS S.A. w Gdańsku (dalej również: „Grupa LOTOS”) o zaprzestaniu z dniem 1 stycznia 2005 r. produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej.

W toku postępowania wyjaśniającego, działając na podstawie art. 57 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (zwanej dalej również „Ustawą” lub „ustawą antymonopolową”), upoważnieni pracownicy UOKiK przeprowadzili kontrolę biur PKN ORLEN S.A. w Płocku i Warszawie oraz Grupy LOTOS S.A. w Gdańsku, a także Polskiej Izby Paliw Płynnych i Nafty Polskiej S.A. w Warszawie.

W dniu 14 marca 2005 r. Prezes UOKiK zamknął wspomniane postępowanie wyjaśniające, zaś w dniu 21 marca 2005 r. wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez PKN ORLEN S.A. w Płocku oraz Grupę LOTOS S.A. w Gdańsku porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej U95, polegającego na ustaleniu jednoczesnego zakończenia produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej i wyeliminowaniu w ten sposób konkurencji na krajowym rynku sprzedaży U95 oraz wyłączeniu ryzyka przejęcia rynku przez konkurenta, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 Ustawy.

Postanowieniem z dnia 21 marca 2005 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym materiały zgromadzone w postępowaniu wyjaśniającym w sprawie wstępnego ustalenia czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z zaprzestaniem produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej U95 (dalej także „U95”) przez dotychczasowych producentów (sygn. DAR– 400/00001/05/PK/DK).

Prezes UOKiK zawiadamiając PKN ORLEN i Grupę LOTOS o wszczęciu przedmiotowego postępowania, wezwał je do ustosunkowania się do przedstawionych zarzutów (pisma z dnia 21 marca 2005 r.).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Grupa LOTOS wniosła o wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji na podstawie art. 11 ustawy antymonopolowej, tj. decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, podnosząc iż:

- zarzucane porozumienie polegające na „ustaleniu jednoczesnego zakończenia produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej i wyeliminowaniu w ten sposób konkurencji na krajowym rynku sprzedaży U95 oraz wyłączeniu ryzyka przejęcia rynku przez konkurenta” nie mieści się w katalogu porozumień ograniczających konkurencję wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt. 1 – 7 Ustawy,

- organ antymonopolowy błędnie określił rynek produktowo właściwy w sprawie – według twierdzeń strony substytutem benzyny uniwersalnej jest zarówno benzyna bezołowiowa bez żadnych dodatków jak i benzyna bezołowiowa uzupełniona o dodatek potasowy dystrybuowany na stacjach LOTOS,
- Grupa LOTOS nie zaprzestała sprzedaży U95 z dniem 1 stycznia 2005 r. i prowadzi ją nadal,
- zapowiadane (lecz niezrealizowane w praktyce) zakończenie sprzedaży benzyny uniwersalnej przez Grupę LOTOS nie ograniczyło konkurencji na rynku i nie wyłączyło ryzyka przejścia rynku produktowego przez konkurenta z uwagi na fakt, iż: (a) Spółka nadal sprzedaje U95, (b) rynek właściwy jest „w fazie zaniku” i wycofanie się z niego jest dla dotychczasowych producentów koniecznością gospodarczą, (c) rynek produktowy U95 nie istnieje, nie ma zatem obawy, że ktokolwiek ten rynek przejmie,
- nie istnieją faktyczne ani potencjalne ofiary zarzucanego porozumienia – wycofanie z produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej nie naruszyło interesów producentów, hurtowników ani detalistów, zaś nabywcy paliw mogą nadal zakupić benzynę o właściwościach U95 na każdej stacji paliw.

Z ostrożności procesowej Grupa LOTOS na wypadek uznania zarzucanego porozumienia za ograniczające konkurencję, wniosła o wydanie decyzji na mocy art. 11 ust. 2 ustawy antymonopolowej, tj. decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję z uwagi na spełnienie przez porozumienie przesłanek, o których mowa w art. 7 ust. 1 Ustawy.

W odpowiedzi na zarzuty organu antymonopolowego, PKN ORLEN nie zgodził się z zarzutem przedstawionym w zawiadomieniu z dnia 21 marca 2005 r. i podniósł, iż decyzja kierunkowa o zakończeniu produkcji i zmianie formy dystrybucji U95 podjęta została na posiedzeniu zarządu spółki w dniu 25 maja 2004 r., a podstawą jej podjęcia był spadek sprzedaży benzyny uniwersalnej o ok. **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika nr 1 do decyzji]** w ciągu 3 lat ją poprzedzających. Ponadto strona stwierdziła, że prowadzone rozmowy handlowe nie miały na celu zawarcia porozumienia, ale poinformowanie największych odbiorców hurtowych (w tym Grupy LOTOS, z którą PKN ORLEN dokonywał wzajemnych zakupów benzyn, tzw. swapu) o zamiarze zaprzestania produkcji U95 i zmianie sposobu jej dystrybucji. Według strony o braku zмовы świadczy fakt, że PKN ORLEN od 1 stycznia 2005 r. nie produkuje benzyny uniwersalnej natomiast Grupa LOTOS nadal ją wytwarza i sprzedaje. Zdaniem PKN ORLEN od 1 stycznia 2005 r. U95 jest nadal dostępna na stacjach oraz w bazach magazynowych koncernu w formie benzyny bezołowiowej i dodatku potasowego Unikat+ do dozowania bezpośrednio do zbiorników pojazdów (według spółki, z uwagi na swoje właściwości użytkowe oraz cenę, benzyna ES95 + dodatek potasowy Unikat+ stanowi produkt w pełni substytucyjny w stosunku do U95).

Ponadto w piśmie z dnia 4 maja 2005 r., PKN ORLEN stwierdził, że nie kwestionuje faktu poczynienia „uzgodnień” z największymi odbiorcami handlowymi w tym z Grupą LOTOS, jednak nie zostały spełnione przesłanki z art. 5 Ustawy pozwalające

uznać porozumienie za sprzeczne z ww. przepisem, tj. ani celem ani skutkiem porozumienia nie było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Strona nadmienia także, iż określeniem bardziej prawidłowym od zarzucanego zaprzestania produkcji i dystrybucji jest „*zmiana sposobu dystrybucji*” benzyny uniwersalnej. PKN ORLEN podkreśla również brak uciążliwości przeprowadzonych zmian dla konsumentów co potwierdzać mają zlecone przez spółkę badania rynkowe oraz ekonomiczne przesłanki decyzji o zaprzestaniu wytwarzania i sprzedaży U95 (spadek sprzedaży, rosnące jednocześnie jednostkowe koszty magazynowania przypadające na tonę U95 prowadzące do wzrostu cen benzyny uniwersalnej). Zdaniem spółki przeprowadzone zmiany nie spowodowały ograniczenia dostępności paliwa dla właścicieli starszych pojazdów, gdyż mogą oni tankować benzynę bezołowiową 95 (sprzedawaną pod nazwą handlową Eurosuper 95) i dolewać oferowany na stacjach PKN ORLEN dodatek potasowy Unikat+. W opisanej sytuacji zapewniono zatem konsumentom dostęp do tego samego produktu o innej nazwie handlowej. Według PKN ORLEN decyzja dotycząca benzyny uniwersalnej zapadła w sposób autonomiczny i dopiero jej podjęcie skłoniło koncern do odpowiednich działań informacyjnych. PKN ORLEN i Grupa LOTOS podjęły zatem niezależne decyzje, do których skłoniła je natura produktu (przestarzałość, nieopłacalność produkcji, możliwość zastąpienia tańszym substytutem) oraz wielkość rynku (malejąca sprzedaż), zaś późniejsze uzgodnienia handlowe były skutkiem a nie przyczyną dokonywania uzgodnień między spółkami.

Pismem z dnia 21 listopada 2007 r. organ antymonopolowy zawiadomił strony o zakończeniu postępowania dowodowego oraz wyznaczył im termin do zapoznania się z całością akt sprawy i przedstawienia ostatecznego stanowiska odnośnie zebranego materiału.

Grupa Lotos ustosunkowała się merytorycznie do zabranego materiału dowodowego (odniesienia w dalszej części decyzji). PKN ORLEN zaś, pomimo dwukrotnego skorzystania z prawa przeglądania akt w wyznaczonym terminie, nie ustosunkował się merytorycznie do materiału dowodowego, a ostateczne stanowisko tego przedsiębiorcy zawarte zostało w piśmie z dnia 18 grudnia 2007 r.. Z uwagi na fakt, że dnia 17 grudnia 2007 r. upłynął wyznaczony stronom termin końcowy przesłania ostatecznego stanowiska w sprawie, Prezes UOKiK traktuje ww. pismo Spółki jako jej ostateczne stanowisko.

Przedmiotowe pismo PKN ORLEN nie zawiera żadnych merytorycznych argumentów podważających w jakikolwiek sposób zarzut postawiony stronom postępowania. W omawianym piśmie PKN ORLEN zakwestionował jedynie niedoręczenie przez Prezesa UOKiK pism składanych w imieniu innych uczestników postępowania, a wchodzących w skład materiału dowodowego oraz niezasadną odmowę udostępnienia kserokopii z akt sprawy, a także wniósł o powtórne przedłużenie terminu do końcowego zapoznania się z aktami postępowania i umożliwienie uzyskania kserokopii pism znajdujących się w aktach.

W odpowiedzi na powyższe pismo PKN ORLEN organ antymonopolowy pismem z dnia 21 grudnia 2007 r. poinformował stronę, iż podtrzymuje w całości swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie wyrażone w piśmie z dnia 17 grudnia 2007 r., tj. odmawia sporządzenia Pełnomocnikowi PKN ORLEN żądanych kserokopii akt oraz ponownego wydłużenia terminu na przedstawienie ostatecznego stanowiska w sprawie.

Odnosząc się do pisma PKN ORLEN z dnia 18 grudnia 2007 r. Prezes UOKiK stwierdza raz jeszcze, iż w jego ocenie termin wyznaczony stronom pismem z dnia 21 listopada 2007 r. (nadanym także w tym samym dniu faksem) na dzień 12 grudnia, a następnie przedłużony do 17 grudnia 2007 r. był wystarczająco długi. Nawet przyjmując stanowisko strony, iż pierwszym możliwym dniem zapoznawania się z aktami sprawy był dzień 28 listopada 2007 r. (zdaniem Prezesa UOKiK był to dzień 22 listopada 2007 r.), uznać należy, że PKN ORLEN miał wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z aktami i przygotowanie ostatecznego stanowiska w sprawie. Pełnomocnicy PKN ORLEN, w czasie wyznaczonym przez Prezesa UOKiK do zapoznania się z aktami i przedstawienia ostatecznego stanowiska przeglądali akta dwukrotnie. Wobec powyższego, co najmniej zdziwienie może budzić fakt czynienia organowi zarzutu uniemożliwienia zapoznania się z aktami oraz fakt, iż w ostatecznym stanowisku PKN ORLEN w ogóle nie odnosi się do merytorycznych aspektów niniejszego postępowania.

Wskazać także należy, że zgodnie z art. 73 § 1 k.p.a. organ administracji publicznej obowiązany jest w każdym stadium postępowania umożliwić stronie przeglądanie akt sprawy oraz sporządzanie z nich notatek i odpisów. Prezes UOKiK powyższy obowiązek spełnił. **Akta niniejszej sprawy były udostępniane stronom i ich pełnomocnikom na każde ich żądanie. O takim stanie rzeczy świadczą notatki służbowe sporządzone przez pracownika Urzędu.** Czynność zapoznawania się przez poszczególnych przedsiębiorców z materiałem dowodowym była jedynie ograniczona godzinami otwarcia i zamknięcia Urzędu. **Należy z całą stanowczością podkreślić, iż obowiązujące przepisy prawa nie nakładają na organ antymonopolowy obowiązku przesyłania kopii akt sprawy poszczególnym jej stronom.** To strona winna wykazać się należytą starannością w tym zakresie. Organ powinien natomiast podjąć niezbędne czynności, aby materiał ten stronie udostępnić. Organ antymonopolowy nie może jednak „zmusić” strony do zapoznania się z aktami sprawy. Warto także nadmienić, iż wszystkie pisma kierowane do stron, zostały im prawidłowo doręczone, o czym świadczą zwrotne karty potwierdzenia odbioru.

Nie można zdaniem Prezesa UOKiK wyinterpretować z treści art. 73 k.p.a. obowiązku sporządzania przez organ na żądanie strony zwykłych kserokopii akt, co potwierdza stanowisko doktryny i orzecznictwo sądów. W wyroku NSA z dnia 27 listopada 1996 r., I SA/Lu 139/96, przyjęto, że: "Artykuł 73 § 1 i 2 k.p.a. nie przewiduje obowiązku sporządzenia przez organ administracyjny kserokopii akt administracyjnych lub ich odpisu i doręczenia ich stronie".

Wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie PKN ORLEN, przywoływany przez niego art. 39 k.p.a. („*Organ administracji publicznej doręcza pisma za pokwitowaniem przez pocztę, przez swoich pracowników lub przez inne upoważnione osoby lub organy.*”) nie nakłada na Prezesa UOKiK obowiązku dostarczenia stronie pism sporządzonych przez organ administracyjny i przesłanych innym stronom lub podmiotom, czy też pism wniesionych do Prezesa UOKiK przez pozostałe strony i podmioty wezwane do udzielenia wyjaśnień.

W myśl poglądów doktryny przez „pismo” rozumieć należy wezwanie, zawiadomienie, protokół, każdy inny dokument, jak również sporządzoną na piśmie decyzję czy jej odpis, odpis ugody, postanowienie¹. Także wyrok NSA z dnia 22 listopada 1999 r., I SA/Lu 377/98, wskazuje, iż: „*Przepisy kodeksu postępowania administracyjnego dotyczące doręczeń (w tym art. 46 i 47 k.p.a.) nie znajdują zastosowania w odniesieniu do pism skierowanych do organów administracji państwowej.*”. Nie sposób we świetle powyższego uznać, iż Prezes UOKiK ma obowiązek przesłać Pełnomocnikowi PKN ORLEN S.A. kopie pism doręczonych w niniejszej sprawie innym podmiotom (w tym drugiej stronie postępowania) lub też pism przez te podmioty do organu wniesionych.

Zasada oficjalności doręczeń (art. 39 k.p.a.) nie odnosi się bowiem do kwestii dostarczania stronie postępowania kopii akt sprawy.

Prezes UOKiK ustalił, co następuje:

PKN ORLEN i Grupa LOTOS są spółkami prawa handlowego działającymi na szeroko pojętym rynku paliwowym.

PKN ORLEN wpisany jest do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000028860, przedmiotem działalności spółki jest w szczególności wytwarzanie i przetwarzanie produktów rafinacji ropy naftowej, sprzedaż hurtowa i detaliczna paliw.

PKN ORLEN jest jedną z największych korporacji przemysłu naftowego w Europie Środkowo-Wschodniej. Zajmuje się przerobem ropy naftowej na takie produkty jak: benzyny bezołowiowe, olej napędowy, olej opałowy, paliwo lotnicze, tworzywa sztuczne i wyroby petrochemiczne a także produkcją asfaltów drogowych, modyfikowanych i przemysłowych. Koncern zarządza siedmioma rafineriami w Polsce, Czechach i na Litwie. Zintegrowany kompleks rafineryjno-petrochemiczny w Płocku zaliczany jest do najnowocześniejszych i najefektywniejszych tego typu obiektów w Europie. Łączne moce przerobowe ORLENU w Europie Środkowo-Wschodniej wynoszą 31,7 mln ton ropy rocznie. PKN ORLEN posiada największą w Europie Centralnej sieć stacji paliw zlokalizowanych w Polsce, Niemczech, Czechach i na Litwie. Zapleczem sieci detalicznej ORLENU jest infrastruktura

¹ Barbara Adamiak, Janusz Borkowski „Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz”, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2004 r., str. 289

logistyczna, składająca się z naziemnych i podziemnych baz magazynowych oraz sieci rurociągów własnych i dzierżawionych².

Grupa LOTOS wpisana jest do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000106150. Przedmiotem działalności spółki jest w szczególności: wytwarzanie i przetwarzanie produktów rafinacji ropy naftowej, hurtowa i detaliczna sprzedaż paliw.

Grupa LOTOS to pionowo zintegrowany koncern naftowy zajmujący się wydobywaniem i przerobem ropy naftowej oraz dystrybucją produktów naftowych. Spółka jest m.in. liderem w branży olejów smarowych. Grupa LOTOS dostarcza na rynek produkty takie jak: benzyna bezołowiowa, olej napędowy, olej opałowy, paliwo lotnicze, olej silnikowy oraz przemysłowy, asfalty i gazy. Grupa LOTOS jest grupą kapitałową, w skład której oprócz LOTOS Czechowic, LOTOS Jasła i firmy wydobywczej Petrobaltic wchodzi 17 spółek spod znaku LOTOS. Należąca do Grupy LOTOS S.A. rafineria w Gdańsku przerabia 6 mln ton ropy naftowej rocznie³.

Przedmiotem niniejszego postępowania były okoliczności podjęcia przez strony decyzji o zaprzestaniu produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej (U95) w związku z czym należy wyjaśnić w decyzji właściwości i przeznaczenie wspomnianego produktu.

Benzyna uniwersalna U95 pod względem chemicznym składa się z benzyny bezołowiowej 95 (dalej także: „Pb95”) oraz wprowadzonego do niej przez producenta dodatku potasowego i przeznaczona jest do stosowania w samochodach starszej generacji, których silniki posiadają gniazda zaworowe wykonane z nieutwardzonego materiału. Zawarty w benzynie uniwersalnej dodatek potasowy pełnił funkcję ochronną, chroniąc gniazda zaworowe przed zużyciem. Przy czym należy zaznaczyć, iż samochody marki Polonez były wyposażone w utwardzone gniazda zaworowe począwszy od roku 1990 zaś samochody Fiat 126p od 1992 r., natomiast znaczna część samochodów produkowanych poza granicami Polski posiadała utwardzone gniazda zaworowe już w latach 80-tych. Benzyna uniwersalna zastąpiła szkodliwą dla środowiska Etylinę E 94 zawierającą tetraetylek ołowiu, wycofaną z rynku z początkiem 2000 r. Czteroetylek ołowiu poza podwyższaniem liczby oktanowej benzyny etylizowanej spełniał także funkcję ochronną, zapobiegając wypaleniu nieutwardzonych gniazd zaworów.

Benzyna bezołowiowa 95 stosowana z aplikowanym oddzielnie dodatkiem potasowym ma takie same właściwości ochronne dla samochodów ze starszymi silnikami jak benzyna uniwersalna U95.

Liczba używanych samochodów z miękkimi gniazdami zaworowymi ze względu na ich wiek systematycznie maleje, co jest główną przyczyną spadku popytu na benzynę uniwersalną. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Naftę Polską S.A.

² Informacje za www.orklen.pl

³ Informacje za www.lotos.pl

w ostatnich czterech latach przed zaprzestaniem jej wytwarzania przez PKN ORLEN krajowa produkcja i sprzedaż U95 przedstawiała się następująco:

Tabela 1. Wielkość produkcji i sprzedaży U95 w latach 2001 – 2004

Rok	Wielkość produkcji <i>(w tys. ton)</i>	Wielkość sprzedaży <i>(w tys. ton)</i>
2001	807,9	843,4
2002	600,3	660,6
2003	457,8	494,7
2004	383,6	401,3

Źródło: Nafta Polska S.A.

W latach 2000-2004 benzyna uniwersalna nie była eksportowana z Polski, zaś import stanowił niewielki ułamek krajowej produkcji/sprzedaży i wynosił:

- 2000 r. – 0
- 2001 r. – 2,8 tys. ton,
- 2002 r. – 5,6 tys. ton,
- 2003 r. – 1,7 tys. ton,
- 2004 r. – 0.

Tak więc sprzedawana w Polsce benzyna uniwersalna niemal w całości pochodziła z krajowych rafinerii, spośród których PKN ORLEN i Grupa LOTOS byli największymi producentami U95. Spośród mniejszych rafinerii produkujących benzynę uniwersalną w skład Grupy Kapitałowej ORLEN wchodziły: Rafineria Trzebinia S.A. i Rafineria Nafty Jedlicze S.A.

Według wyjaśnień Grupy LOTOS, w branży paliwowej „*od dawna mówiono*” o zaprzestaniu produkcji benzyny uniwersalnej. W lecie 2003 r. miało miejsce spotkanie w Centralnym Laboratorium Naftowym (dalej: „CLN”) z udziałem pracowników Grupy LOTOS, PKN ORLEN oraz CLN, na którym omawiano sytuację związaną ze spadkiem sprzedaży U95⁴. W świetle zgromadzonych dowodów Grupa LOTOS podjęła działania w kierunku zaprzestania produkcji i sprzedaży w sierpniu 2004 r. W dniu 23 sierpnia 2004 r. wiceprezes Zarządu, Dyrektor ds. Handlu, informując e-mailem wybranych pracowników Grupy LOTOS i spółek zależnych (LOTOS Paliwa S.A., LOTOS Partner S.A.) o spadającej sprzedaży U95 oraz planowanym na 31 grudnia 2004 r. zakończeniu produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej przez PKN ORLEN, zwrócił się do nich o przygotowanie stanowiska na temat „*możliwości i ewentualnych przeszkód: technicznych, organizacyjnych, finansowych, itp. wycofania się grupy LOTOS z dostaw tego gatunku benzyny w tym samym okresie*”.

Zdaniem Dyrektora ds. Handlu Grupy LOTOS, prawdopodobnym źródłem informacji o terminie zaprzestania produkcji U95 przez PKN ORLEN były rozmowy na tzw.

⁴ Dowód: karta 88 akt sprawy

„gieldzie informacji naftowej” – cykliczne, comiesięczne spotkania branży naftowej w Klubie Bankowca w Warszawie lub inne spotkania biznesowe⁵.

Następnie e-mailem z dnia 30 sierpnia 2004 r. w większości te same osoby otrzymały od Dyrektora ds. Handlu zaproszenie na spotkanie w dniu 1 września 2004 r. „związane z zaprzestaniem produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej z dniem 01.01.2005 r.”. Wraz z wyżej wspomnianym e-mailem przesłany został w postaci załącznika dokument pt. „Opinia dotycząca możliwości i ew. przeszkód technicznych, organizacyjnych, finansowych itp. wycofania się GL S.A. z dostaw benzyny bezołowiowej U95” omawiający m.in. kwestie aktualnej sprzedaży U95, elementów organizacyjnych przeprowadzenia procesu wycofania U95, przyszłe wykorzystanie zbiorników do przechowywania benzyny bezołowiowej. W przesłanym dokumencie (2 strony) znalazło się stwierdzenie, iż: „Planowane przez największy podmiot na rynku PKN ORLEN, wycofanie tego produktu na koniec roku 2004 wskazuje na możliwość równoległego działania”. Z wyjaśnień Spółki wynika, że osobą, która podjęła decyzję o zaprzestaniu produkcji i sprzedaży U95 był właśnie Dyrektor ds. Handlu Grupy LOTOS.

Pismem z dnia 11 października 2004 r. Grupa LOTOS przesłała do wiadomości Nafty Polskiej S.A. komunikat przekazany klientom informujący o zaprzestaniu produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej Spółka wyjaśnia jednocześnie, że decyzja podyktowana została malejącym popytem na U95, a stałe utrzymywanie produkcji i logistyki przy malejącej sprzedaży prowadzi do stałego wzrostu kosztów U95. Według twierdzeń Spółki, wycofanie benzyny uniwersalnej umożliwić miało lepsze wykorzystanie pojemności zbiornikowych na wszystkich etapach dystrybucji, co z kolei miało ograniczyć koszty logistyczne oraz ułatwić wprowadzanie do obrotu nowych, nowoczesnych jakościowo gatunków paliw.

Pismo do klientów, o którym mowa powyżej zawiera informację o zaprzestaniu z dniem 1 stycznia 2005 r. produkcji i dystrybucji U95 z uwagi na spadający popyt na tę benzynę oraz o możliwości zakupienia na stacjach paliw dodatku do dolania do benzyny bezołowiowej 95. Pismo wyjaśnia też, iż decyzja została podjęta po konsultacjach z kluczowymi klientami oraz rozmowach z Polską Organizacją Przemysłu i Handlu Naftowego (dalej: „POPiHN”). Informację tę potwierdza w swoich wyjaśnieniach Dyrektor ds. Handlu Grupy LOTOS nadmieniając, że rozmówcy w POPiHN (przedstawiciele międzynarodowych koncernów działających w Polsce w branży paliwowej) pozytywnie ocenili plany zaprzestania produkcji i dystrybucji U95.

Mimo zapowiedzi (m.in. pismo do klientów, pismo do Nafta Polska S.A., komunikat na stronie internetowej spółki) wycofania U95, Grupa LOTOS kontynuowała sprzedaż U95 po 1 stycznia 2005 r. i nie zaprzestała jej aż do 30 lipca 2007 r. Powodem kontynuowania produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej po dniu 1 stycznia 2005 r. były zapasy dodatku potasowego jakie pozostały w spółce z uwagi na niższą niż się spodziewano sprzedaż U95.

⁵ Dowód: karta 59 akt sprawy

Według PKN ORLEN przygotowania do decyzji o wycofaniu benzyny uniwersalnej z produkcji i sprzedaży rozpoczęto w spółce w okresie **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika nr 1 do decyzji]**. Wyjaśnienia te, zawarte w protokole kontroli biur spółki w Warszawie, potwierdza e-mail z dnia 20 kwietnia 2004 r. pt.: „FW: Prezentacja U 95”, wysłany przez **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 3 załącznika nr 1 do decyzji]**. Załącznikiem do wspomnianego e-maila była prezentacja (10 slajdów) pt.: „Zmiana sposobu dystrybucji benzyny uniwersalnej 95”. Slajd 9-ty prezentacji zatytułowany „Działania niezbędne dla realizacji założonego celu” zawiera pkt 1 o następującej treści „Ustalenie, wspólne z innymi producentami (Grupa Lotos) i głównymi odbiorcami terminu zmiany sposobu dystrybucji benzyny Uniwersalnej – 95 – odległego ale realnego, np. 1 styczeń 2005 r.”. Z kolei na ostatniej stronie prezentacji (slajd 10) zawierającej wnioski znajduje się fragment o następującej treści: „W oparciu o przedstawioną koncepcję zmiany sposobu dystrybucji benzyny Uniwersalnej – 95 Zarząd PKN ORLEN S.A. postanawia: (...) 4. Akceptować przeprowadzenie zmian w porozumieniu z innymi producentami (Grupa Lotos) i głównymi odbiorcami.”

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika nr 1 do decyzji]

Niemal identyczną treść zawiera wyciąg z protokołu z posiedzenia Zarządu PKN ORLEN w dniu 25 maja 2004 r. – **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika nr 1 do decyzji]**.

Kwestią wycofania benzyny uniwersalnej z produkcji i sprzedaży zajmował się w PKN ORLEN Zespół ds. zmiany zasad dystrybucji benzyny Uniwersalnej 95, powołany poleceniem służbowym nr 18/DP/2004 z dnia 25 czerwca 2004 r. (dalej: „Zespół”). Obradując na okresowych spotkaniach i omawiając różne aspekty wycofania U-95 z produkcji i sprzedaży, członkowie Zespołu wielokrotnie odnosili się do kwestii współpracy w tym zakresie z Grupą LOTOS, o czym świadczą notatki służbowe sporządzane ze spotkań Zespołu.

W notatce ze spotkania Zespołu w dniu 7 lipca 2004 r., wśród tematów diskutowanych na spotkaniu, jako czwarty w kolejności pojawia się **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika nr 1 do decyzji]** (podkr. Prezesa UOKiK).

W notatce ze spotkania Zespołu w dniu 11 sierpnia 2004 r. wśród dalszych działań dotyczących benzyny uniwersalnej czytamy: **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika nr 1 do decyzji]**.

Z kolei notatka ze spotkania Zespołu w dniu 6 października 2004 r. zawiera następujący fragment: **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8 załącznika nr 1 do decyzji]**.

Opisane w przytoczonych fragmentach notatek fakty znajdują potwierdzenie w wyjaśnieniach złożonych w toku kontroli PKN ORLEN przez **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 9 załącznika nr 1 do decyzji]**.

Pierwszy z wyżej wymienionych w dniu 20 stycznia 2005 r. oświadczył: „Uczestniczyłem wraz z Panem Dyrektorem **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 10 załącznika nr 1 do decyzji]** w spotkaniu z przedstawicielami Grupy Lotos S.A. w sierpniu 2005 r. (...) Podczas tego spotkania poruszane były również zagadnienia związane z ewentualnym wycofaniem benzyny U95. Poinformowaliśmy przedstawicieli Grupy Lotos S.A. że od stycznia 2005 będziemy sprzedawać dodatek potasowy w butelkach na stacjach benzynowych, w związku z czym nie będziemy już brać od nich benzyny uniwersalnej.” Przy czym wymienioną datę spotkania przedstawiciele PKN ORLEN i Grupy LOTOS uznać należy za oczywistą omyłkę mając na względzie chociażby datę złożenia cytowanego oświadczenia. Należało przyjąć, że wspomniane przez p. **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 11 załącznika nr 1 do decyzji]** spotkanie miało miejsce w sierpniu 2004 r., co potwierdzają również wyjaśnienia p. **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 12 załącznika nr 1 do decyzji]** złożone dzień wcześniej: „W dniach 18-19 sierpnia 2004 r. uczestniczyłem w spotkaniu z przedstawicielami Grupy Lotos S.A., dotyczącym transakcji swapowych. W spotkaniu tym brał udział również Pan Dyrektor **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 13 załącznika nr 1 do decyzji]**. Podczas tego spotkania przedstawiciele obu firm wymienili poglądy na temat planowanego wycofania (w przyszłości) z produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej U 95. Po tym spotkaniu poinformowałem Pana Prezesa **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 14 załącznika nr 1 do decyzji]** o tym, że Grupa Lotos S.A. rozważa wycofanie z produkcji i dystrybucji benzyny U 95.”

W dniu 7 października 2004 r. p. **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 15 załącznika nr 1 do decyzji]** przesłał pocztą elektroniczną projekt pisma skierowanego do **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 16 załącznika nr 1 do decyzji]**. W tym samym dniu przesłano do ww. adresatów pismo z niewielką zmianą redakcyjną – cytowany fragment brzmi następująco: „W związku z powyższym **PKN Orlen S.A. i Grupa Lotos uzgodniły zakończenie produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej U-95 w dotychczasowej formie z dniem 31 grudnia br.**” (podkr. Prezesa UOKiK).

Pismo to Grupa Lotos otrzymała w dniu 18 października 2004 r. o czym świadczy wpis pod pozycją nr 5 w Wykazie korespondencji dziennej z tego dnia – w rubryce nadawca wpisane jest „PKN ORLEN” zaś w rubryce „sprawa dotyczy” – „Informacja dot. zaprzestania prod. U 95”. Ponadto w wykazie wpisana została także m.in. data i numer pisma (pismo z 7 października 2004 r. nr DP/218/04/20).

W toku przeprowadzonych kontroli w Nafcie Polskiej S.A. w Warszawie i Polskiej Izbie Paliw Płynnych ustalono, że te podmioty także otrzymały ww. pismo PKN ORLEN z dnia 7 października 2004 r.

Prezes Urzędu 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.). Stronom postępowania, postawiono zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 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). 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 stronom postępowania doszło lub mogło dojść do naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 ustawy antymonopolowej. 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; por. wyrok z dnia 4 kwietnia 2001 r. – sygn. akt XVII Ama 108/00) 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.”*

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.

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 porozumienia przedsiębiorców w zakresie zaprzestania produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej – tego rodzaju praktyka wywiera wpływ na interesy szerokiego kręgu podmiotów działających na rynku paliw. Dotknięci wycofaniem U95 z rynku zostali przedsiębiorcy działający zarówno na szczeblu hurtowego jak i detalicznego handlu paliwami płynnymi, których decyzja PKN ORLEN i Grupy LOTOS pozbawiła możliwości zakupu tego gatunku benzyny lub co najmniej poważnie ograniczyła możliwość wyboru dostawcy. W stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy, z dniem 1 stycznia 2005 r. wycofał się z rynku największy działający na nim przedsiębiorca (PKN ORLEN) natomiast działalność kontynuowała Grupa LOTOS – pozbawiona presji konkurencyjnej wymuszającej na konkurujących przedsiębiorcach zabieganie o względy konsumentów ceną lub jakością towaru.

Działania PKN ORLEN i Grupy LOTOS wywarły również wpływ na interesy wszystkich konsumentów – potencjalnych nabywców benzyny uniwersalnej uniemożliwiając im zakup U95 na należących do nich stacjach benzynowych, a także stacjach, których właściciele zaopatrują się na szczeblu hurtowym w PKN ORLEN lub Grupie LOTOS.

Praktyki tego rodzaju uznaje się za wpływające w sposób istotny na stan konkurencji na rynku obejmującym terytorium całego kraju. Wobec powyższego z uwagi na szeroki krąg podmiotów dotkniętych zarzucanym stronom porozumieniem stwierdzić należy, iż sprawa niniejsza ma charakter publicznoprawny, a tym samym Prezes UOKiK może ją rozstrzygać w drodze postępowania antymonopolowego.

Rynek właściwy

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.⁶, 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 geograficznym⁷.

Rynek produktowy

Analizując produktowy rynek właściwy jako bezsporne należy przyjąć, iż obejmuje on jedynie paliwa, które można stosować w silnikach posiadających gniazda zaworowe wykonane z nieutwardzonego materiału. Korzystanie z innych paliw nie jest dla posiadaczy samochodów wyposażonych w taki silnik racjonalne, ponieważ albo nie pozwala na uruchomienie samochodu (olej napędowy), albo też wiąże się z szybszym zużyciem silnika (benzyny nie zawierające dodatku potasowego). Tym samym na rynku tak określonym ewentualna niewielka lecz trwała podwyżka cen mogłaby mieć miejsce bez obawy o utratę klientów, dla których pozostałe paliwa nie byłyby realną alternatywą.

⁶ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 października 1994 r., sygn. akt XVII Amr 24/94

⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „SOKiK”) z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01

Do dnia 31 grudnia 2004 r. paliwem, które spełniało wspomniany wyżej warunek była benzyna U95, produkowana na terenie Polski m.in. przez PKN ORLEN oraz Grupę LOTOS. Benzyna ta, z chemicznego punktu widzenia, stanowi mieszanę benzyny bezołowiowej oraz dodatku potasowego, który chroni zawory silników starszej generacji (produkowanych do 1990 r.) przed przyspieszonym zużyciem. Z dniem 1 stycznia 2005 r. nastąpiła zmiana: podczas gdy Grupa LOTOS kontynuowała sprzedaż benzyny U95, PKN ORLEN wycofał ją z dystrybucji, oferując w zamian dodatek potasowy, który dodany w odpowiednich proporcjach do benzyny bezołowiowej zamienia ją w ekwiwalent benzyny U95, czyniąc zdatną do zastosowania w samochodach z silnikami starszej generacji. Dodatek potasowy był już wcześniej sprzedawany na stacjach niektórych międzynarodowych koncernów paliwowych działających w Polsce, tj. Statoil, Shell, ExxonMobil (stacje Esso).

W powyższym kontekście rozważenia wymaga, czy benzyna bezołowiowa z samodzielnie dodawanym dodatkiem potasowym stanowi substytut benzyny U95 z punktu widzenia posiadaczy samochodów. W ocenie PKN ORLEN taka substytucyjność zachodzi, a w niniejszej sprawie za rynek właściwy należałoby przyjąć „rynek benzyny mogącej mieć zastosowanie do silników samochodowych bez katalizatora”, co wynika z faktu, iż „benzyna U95 oraz Pb95 z dodatkiem Unikat+ to w istocie ten sam produkt”⁸, ze względu na technologię powstawania, przeznaczenie, cenę oraz właściwości użytkowe. Zdaniem Grupy LOTOS rynek właściwy w sprawie należałoby określić jeszcze szerzej – jako obejmujący benzynę U95, benzynę bezołowiową bez dodatku oraz z dodatkiem potasowym. Przemawiają za tym według Strony względy technologii produkcji oraz fakt, że w przypadku dodania do benzyny bezołowiowej dodatku potasowego „różnica w kosztach uzyskania paliwa o właściwościach benzyny U95 jest praktycznie przez nabywcę niezauważalna”. Argumentację powyższą odnośnie do określenia rynku właściwego w jego aspekcie produktowym Grupa LOTOS podtrzymała w swoim ostatecznym stanowisku w niniejszej sprawie (pismo z dnia 17 grudnia 2007 r., nr KR/1075/07).

Z ekonomicznego punktu widzenia, wycofanie benzyny U95 i wprowadzenie do sprzedaży dodatku potasowego jest równoważne zaprzestaniu sprzedaży gotowego systemu obejmującego benzynę bezołowiową i dodatek oraz rozpoczęcie osobnej sprzedaży poszczególnych jego elementów. Jakkolwiek ostateczna postać systemu składającego się z dwóch części jest identyczna, niezależnie od tego, czy został on skomponowany przez producenta, czy też klienta, na substytucyjność systemu gotowego oraz jego części składowych mogą mieć wpływ takie czynniki, jak cena komponentów, czy też koszty złożenia systemu przez klienta (również niepieniężne, np. psychologiczne – związane z niewygoda). Jeśli suma cen komponentów jest wyraźnie wyższa od ceny produktu, względnie jeśli koszty związane z samodzielnym złożeniem elementów we w pełni funkcjonalny produkt są wysokie, stosunek substytucji pomiędzy gotowym produktem oraz jego komponentami przeznaczonymi do samodzielnego połączenia może nie zachodzić, lub może nie być wystarczający do zaliczenia półproduktów i produktu do jednego rynku produktowego.

⁸ Pismo PKN ORLEN z dnia 4 maja 2005 r.

Pod uwagę należy zatem wziąć ewentualną niedogodność dla klientów, związaną z faktem, iż paliwo, które dotychczas było pobierane z dystrybutora, musi zostać skomponowane przez klienta we własnym zakresie lub przy pomocy pracownika stacji benzynowej. Dolanie do baku dodatku potasowego, czy to przez samego klienta, czy też przez pracownika stacji jest dodatkową czynnością, która **wydłuża czas tankowania** w stosunku do benzyny U95, co może, z punktu widzenia klientów, czynić tę ostatnią niesubstytucyjną względem benzyny bezołowiowej uzupełnianej dodatkiem potasowym. Ponadto, jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, klient przy samodzielnym komponowaniu paliwa musi pamiętać o **właściwej kolejności** wiania komponentów do baku auta, tj. najpierw wlać dodatek potasowy a dopiero potem benzynę Pb95. W praktyce zatem wjeżdżając na stację paliwową klient w pierwszej kolejności nabywa w zlokalizowanym na jej terenie sklepie dodatek potasowy, wlewa go do baku i dopiero na końcu nalewa z dystrybutora benzyny bezołowiowej.

Dodać należy, iż w sytuacji gdy posiadacz auta starszej generacji zapomni o zastosowaniu dodatku potasowego i zakupi jedynie benzynę bezołowiową, będzie to miało niekorzystny wpływ na zużycie silnika samochodu.

Uciążliwość stosowania benzyny bezołowiowej z dodatkiem potasowym wiąże się także z trudnością jego precyzyjnego dozowania. Strony postępowania wprowadziły do sprzedaży dodatki w opakowaniach o pojemności 50 ml i 60 ml, dodawane w proporcji 1 ml na 1 litr benzyny. Szczególne trudności z precyzyjnym skomponowaniem paliwa o właściwościach U95 mogą mieć kierowcy nabywający paliwo w ilości nieodpowiadającej pojemności buteleczki z dodatkiem, tj. w ilości innej niż 50 l lub 60 l, przy czym doświadczenie życiowe każe założyć, iż takich kierowców będzie większość. Skutkiem zaś nieprecyzyjnego dozowania dodatku potasowego będzie uzyskanie przez kierowcę benzyny nieodpowiadającej w istocie właściwościami chemicznymi benzynie uniwersalnej.

Wyżej opisany problem (tj. konieczność skomponowania w baku auta benzyny o właściwościach U95) został dostrzeżony przez PKN ORLEN w prezentacji przedstawionej na posiedzeniu zarządu koncernu w dniu 25 maja 2004 r. pt.: *„Zmiana sposobu dystrybucji benzyny Uniwersalnej 95”*, w której jako jedną z wad zmiany sposobu dystrybucji U95 podano *„Dodatkowy wysiłek dla pracownika stacji lub klienta – dozowanie dodatku do zbiornika pojazdu”* (slajd nr 8).

Aby ocenić ewentualne reakcje klientów na wycofanie ze sprzedaży benzyny U95, PKN ORLEN zlecił przeprowadzenie badań preferencji klientów jego stacji tankujących benzynę uniwersalną 95 (zał. Nr 1 do notatki z kontroli w biurze PKN ORLEN w Warszawie, przeprowadzonej w dniu 20 stycznia 2005 r.). Z analizy wynika, iż 70% badanych klientów tankujących benzynę U95 zadeklarowało, iż po wycofaniu jej ze sprzedaży oraz wprowadzeniu dodatku potasowego do samodzielnego dozowania, nadal będzie tankowało na stacjach PKN ORLEN, natomiast 27% badanych kierowców stwierdziło, iż będzie korzystało z oferty innych stacji, sprzedających benzynę uniwersalną. Znacząca część badanych (24%)

stwierdziła, że dolewanie dodatku do baku stanowi dla nich dodatkowy kłopot. Powyższe dane wskazują, iż jakkolwiek dla większości klientów wycofanie benzyny uniwersalnej może nie mieć dużego znaczenia, istniała znacząca grupa, która zmianę taką postrzegała jako uciążliwą i była zdecydowana szukać benzyny uniwersalnej na innych stacjach. W świetle powyższych ankiet, można by się spodziewać, iż w wyniku wycofania ze sprzedaży benzyny uniwersalnej, ORLEN straciłby prawie ponad jedną czwartą klientów dotychczas benzynę tą kupujących, pomimo oferowania produktu będącego jej funkcjonalnym substytutem. Wskazuje to, iż stopień substytucyjności pomiędzy U95 a systemem, na który składa się benzyna bezołowiowa oraz aplikowany przez klienta lub pracownika stacji benzynowej dodatek potasowy może być mniejszy, niż byłoby to wymagane, aby móc obydwa wspomniane produkty zaliczyć do jednego rynku produktowego. Gdyby bowiem obydwa wspomniane wyżej paliwa były całkowicie zamienne z punktu widzenia konsumentów, zastąpienie jednego drugim nie miałyby dla nich istotnego znaczenia (nie powodowałyby utraty ponad 25% dotychczasowych klientów).

Tezę o braku dostatecznej substytucyjności pomiędzy benzyną bezołowiową uzupełnioną o samodzielnie aplikowany dodatek, a benzyną uniwersalną wspiera opinia wyrażona w wewnętrznych dokumentach przez PKN ORLEN - w notatce służbowej ze spotkania zespołu ds. przeprowadzenia zmian w systemie dystrybucji benzyny uniwersalnej znalazło się sformułowanie następującej treści: **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 17 załącznika nr 1 do decyzji]** (podkr. Prezesa UOKiK). W jej świetle nie ulega wątpliwości, iż przygotowując operację wycofania benzyny uniwersalnej z dystrybucji, PKN ORLEN postrzegał benzynę bezołowiową wraz z samodzielnie aplikowanym dodatkiem potasowym jako co najmniej „niedoskonały” substytut U95. Jeśli benzyna U95 oraz benzyna bezołowiowa wraz z dodatkiem potasowym stanowiłyby w ocenie PKN ORLEN substytuty, wyrażana obawa o **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 18 załącznika nr 1 do decyzji]** byłaby nieuzasadniona. Jeśli natomiast rezygnacja przez klientów z jednego produktu na rzecz drugiego była oczekiwana, oznaczałoby to, iż klienci wyraźnie preferują jeden produkt w stosunku do drugiego, co oznacza, iż jakkolwiek substytucyjność zachodzi, jednak tylko w jedną stronę. Tym samym nie można mówić o **wzajemnej** substytucyjności produktów, która jest warunkiem zaliczenia ich do jednego rynku produktowego.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za tym, iż benzyna bezołowiowa 95 z dodatkiem potasowym nie stanowi substytutu benzyny uniwersalnej jest różnica w cenie ww. produktów. Wniosek taki wypływa z analizy cen detalicznych Pb95 i U95 sprzedawanych na stacjach sieci PKN ORLEN i Grupy LOTOS w 2004 r. Poniżej przedstawione zostały wykresy obrazujące trendy cenowe obu gatunków benzyny na stacjach własnych ww. przedsiębiorców w okresie 1 stycznia – 31 grudnia 2004 r.

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 19 załącznika nr 1 do decyzji]

Zaobserwowane „rozchodzenie się” cen benzyny uniwersalnej i bezołowiowej na stacjach PKN ORLEN nie wynikało jednak ze zmieniających się obiektywnych

warunków rynkowych. Przyczyny tego procesu wyjaśnione zostały w notatkach ze spotkań Zespołu ds. zmiany zasad dystrybucji benzyny Uniwersalnej 95 funkcjonującego w ramach Spółki. W Notatce służbowej z posiedzenia Zespołu w dniu 7 lipca 2004 r. zanotowano: **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 20 załącznika nr 1 do decyzji]**

Z kolei w notatce służbowej z posiedzenia Zespołu w dniu 11 sierpnia 2004 r. zanotowano, iż **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 21 załącznika nr 1 do decyzji]**

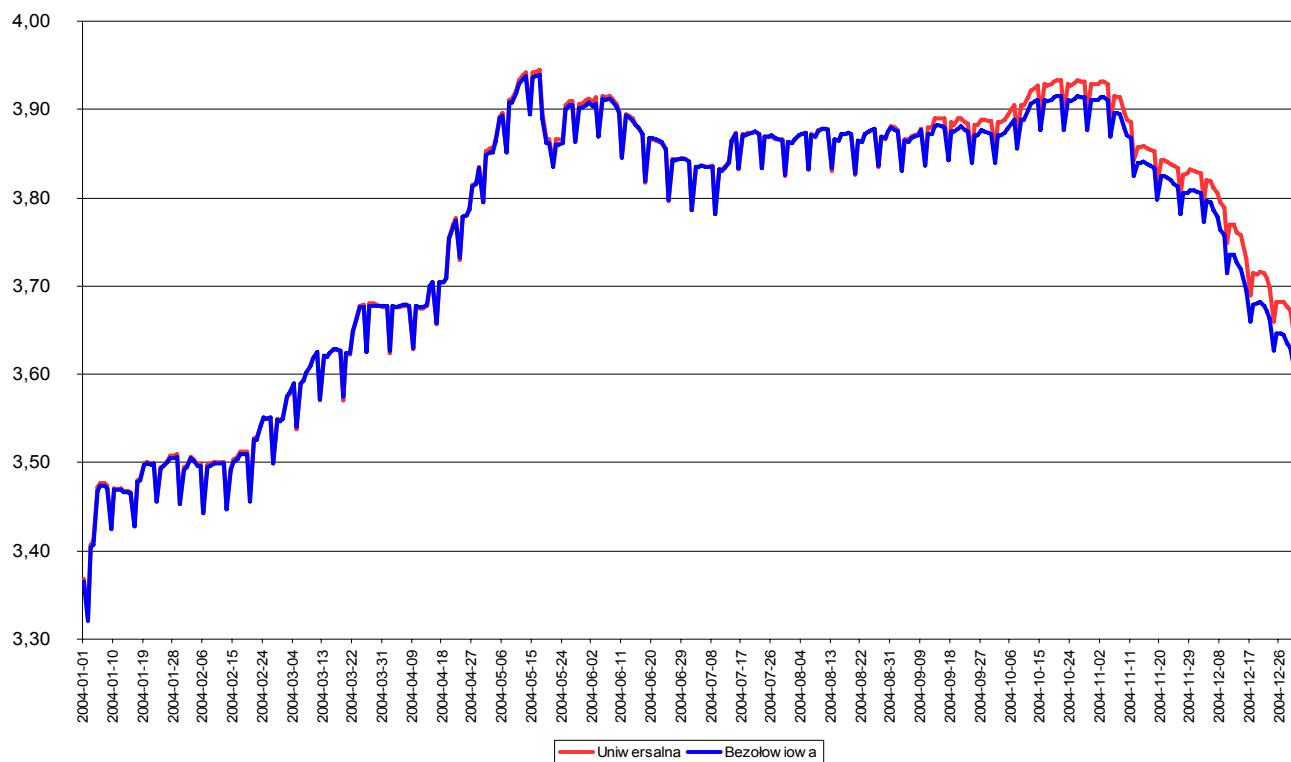
Jak wynika z Notatki służbowej z posiedzenia Zespołu w dniu 6 października 2004 r. jego członkowie ustalili że **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 22 załącznika nr 1 do decyzji]**

W ocenie organu antymonopolowego przytoczone fragmenty notatek służbowych z posiedzeń Zespołu wskazujące na sztuczne (nie uwarunkowane rynkowo) „manipulowanie” cenami benzyny uniwersalnej i benzyny Pb95 miało na celu ukryć przed ewentualnymi nabywcami benzyny uniwersalnej wraz z dodatkiem potasowym fakt, iż za benzynę o właściwościach chemicznych U95, ale komponowaną samodzielnie od dnia 1 stycznia 2005 r. będą płacić więcej. Jak wyżej wspomniano benzyna uniwersalna w dniu 31 grudnia 2004 r. była na stacjach PKN ORLEN o 4 gr./l droższa od benzyny bezołowiowej przy czym, od początku 2005 r. na stacjach Spółki sprzedawano dodatek potasowy „Unikat+” o pojemności 50 ml w cenie 2,20 zł dodawany w proporcji 1 ml na 1 litr benzyny, co daje koszt dodatku 4 gr./l Pb95. Stwierdzić zatem można, że spółka osiągnęła zamierzony cel bowiem klient kupując 1 stycznia 2005 r. benzynę bezołowiową wraz z dodatkiem potasowym nie odczuł różnicy finansowej w stosunku do dnia poprzedniego, w którym kupił taką samą ilość benzyny uniwersalnej.

W ocenie organu antymonopolowego opisana sytuacja wskazuje niezbicie na to, że biorąc pod uwagę cenę produktu benzyna uniwersalna i benzyna Pb95 wraz z dodatkiem potasowym nie są w pełni substytutami, a co za tym idzie nie należą do jednego rynku produktowego. Świadom powyższego faktu PKN ORLEN dokonał stopniowego (na przestrzeni kilku miesięcy), sztucznego zawyżenia ceny U95 w stosunku do ceny Pb95.

W podobny sposób trendy cenowe U95 i Pb95 kształtowały się na stacjach Grupy LOTOS, co przedstawia poniższy wykres.

Wykres 2: Ceny detaliczne brutto benzyny uniwersalnej i benzyny bezołowiowej Grupy LOTOS w okresie 01.01. – 31.12.2004 r. (PLN/litr).



Metodologia: Wykresy kształtowania się cen benzyny uniwersalnej i benzyny bezołowiowej zostały sporządzone w oparciu o średnie arytmetyczne cen za litr odpowiednio benzyny uniwersalnej i bezołowiowej obliczone dla każdego dnia każdego miesiąca 2004 r. Do obliczenia poszczególnych średnich arytmetycznych wykorzystano następujący wzór:

$$\bar{c} = \frac{\sum_{i=1}^n c_{ij}}{n}$$

\bar{c} - średnia cena dzienna brutto za litr odpowiednio benzyny uniwersalnej i benzyny bezołowiowej

c_{ij} - średnia cena dzienna detaliczna odpowiedniej benzyny na i-tej stacji Grupy LOTOS

n - liczba stacji Grupy LOTOS, dla których podane były ceny dzienne sprzedaży odpowiednio benzyny uniwersalnej i benzyny bezołowiowej

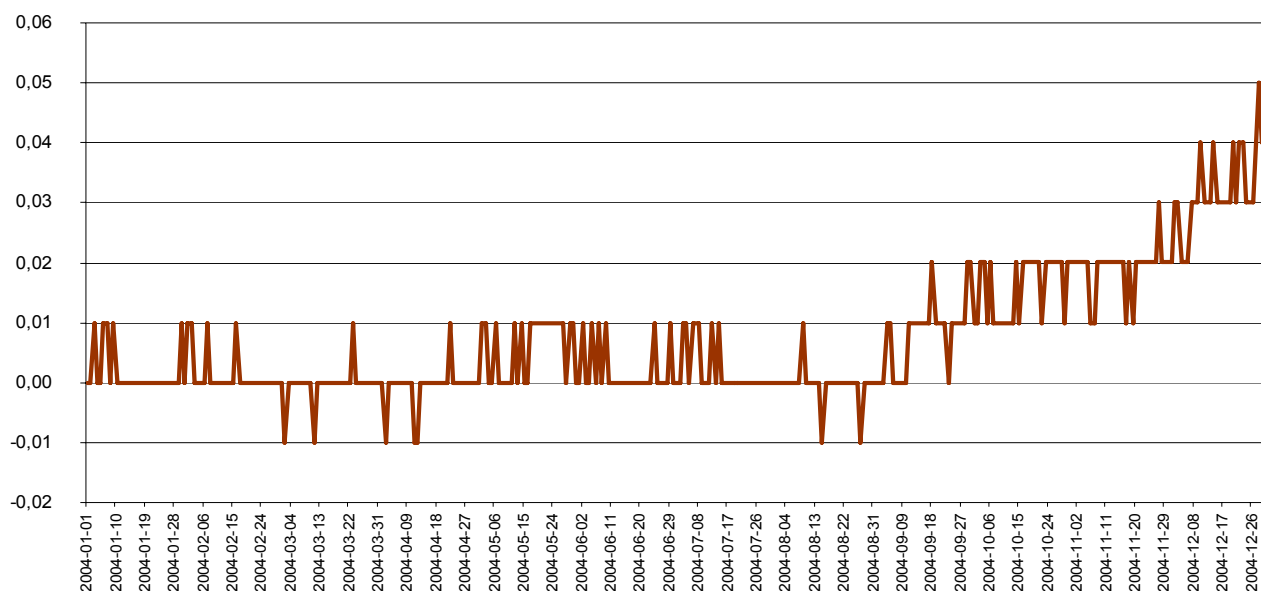
$j \in (01.01.2004r.; 31.12.2004r.)$

Podobnie jak w przypadku PKN ORLEN kierunki trendów przez cały ten rok kształtowały identycznie (tzn. np. gdy cena benzyny uniwersalnej w pewnym przedziale czasowym wzrastała, to również rosła cena benzyny bezołowiowej).

Do około połowy września ceny, jakie płacono się za litr każdej z benzyn, nie odbiegały znacząco od siebie. Pojawiające się różnice nie przekraczały 1 grosza, przy czym częściej droższa była benzyna uniwersalna. Od około 12 września do końca 2004 r. cena benzyny uniwersalnej utrzymywała się na wyższym poziomie niż cena benzyny bezołowiowej (z wyjątkiem 23 września). Od końca września rozbieżność cenowa pomiędzy obiema benzynami wzrosła do 2 groszy i na takim poziomie utrzymywała się niemal do końca listopada. W grudniu różnica ta się pogłębiała – 28 grudnia za litr benzyny uniwersalnej trzeba było zapłacić o 5 groszy więcej niż za litr benzyny bezołowiowej. W ostatnim dniu 2004 r. benzyna uniwersalna kosztowała 3,63 zł za litr, zaś benzyna bezołowiowa – 3,59 zł za litr (różnica między tymi cenami wyniosła 4 grosze).

Powyższe informacje w postaci graficznej zostały zaprezentowane na wykresie 2a.

Wykres 2a: Różnica pomiędzy cenami detalicznymi brutto za litr benzyny uniwersalnej i benzyny bezołowiowej Grupy LOTOS w okresie 01.01. – 31.12.2004 r.



Metodologia: Jak wykres 1a.

Nadmienić należy, iż na stacjach Grupy LOTOS oferowany był dodatek potasowy „Uniben” o pojemności 60 ml w cenie 3,40 zł, dodawany w proporcji 10 ml na 10 l benzyny, co daje koszt dodatku ok. 6 gr./l. Jak wynika z powyższego cena benzyny bezołowiowej z dodatkiem potasowym była w dniu 1 stycznia 2005 r. o 2 gr./l wyższa od ceny takiej samej ilości benzyny uniwersalnej zakupionej 31 grudnia 2004 r. (zakładając, że cena Pb95 1 stycznia 2005 r. była taka sama jak 31 grudnia 2004 r.).

Z przedstawionej powyżej analizy danych rynkowych wypływa wniosek, iż w naturalnych, konkurencyjnych warunkach rynkowych cena benzyny uniwersalnej i benzyny bezołowiowej kształtuje się na tym samym poziomie z bardzo niewielkimi wahaniami. Tym samym oferowany w takich warunkach system składający się z benzyny bezołowiowej oraz dodatku potasowego byłby od benzyny uniwersalnej droższy o 4-6 groszy na litrze. Biorąc pod uwagę fakt, iż odbiorcy benzyny

uniwersalnej (tj. posiadacze starszych modeli samochodów) w znaczącej większości należą do osób o niższych dochodach, a więc szczególnie wrażliwych na różnice cenowe pomiędzy produktami, należałoby oczekiwać, iż znaczna ich grupa, a nawet większość, byłaby skłonna tankować na stacjach, na których mogą uzyskać benzynę uniwersalną – produkt nie tylko wygodniejszy w użyciu (niewymagający osobnej aplikacji dodatku), ale i tańszy.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż różnica w cenie benzyny uniwersalnej oraz benzyny bezołowiowej wraz z dodatkiem potasowym przemawia za tym, że produkty te, choć tożsame z chemicznego punktu widzenia nie, są substytucyjne, a zatem nie należą do jednego rynku produktowego.

Podsumowując rozważania dotyczące substytucyjności poszczególnego rodzaju paliw, stwierdzić należy, iż jej brak potwierdzają zarówno badania konsumenckie przeprowadzone przez PKN ORLEN jak i fakt, iż PKN ORLEN obawiał się utraty klientów, którzy mogliby rozpocząć nabywanie benzyny U95 od przedsiębiorców, którzy taką benzynę oferowaliby, nawet po wycofaniu jej z produkcji przez PKN ORLEN. W ocenie zatem profesjonalnego podmiotu działającego na rynku produkcji i dystrybucji paliw substytucyjność pomiędzy benzyną bezołowiową wraz z samodzielnie aplikowanym dodatkiem potasowym oraz benzyną uniwersalną nie jest na tyle wysoka, by uznać je za należące do tego samego rynku produktowego.

Powyższe argumenty pozwalają przyjąć, że rynkiem właściwym produktowo w sprawie jest rynek benzyny uniwersalnej U95.

Szczegół obrotu

Obrót benzyną odbywa się na różnych szczeblach obrotu – benzyna jest produkowana, sprzedawana w hurcie dystrybutorom, do ostatecznych klientów trafia natomiast w drodze sprzedaży detalicznej na stacjach benzynowych. Cel lub skutek zawartego przez strony postępowania porozumienia odnoszą się do rynku sprzedaży (zarówno hurtowej jak i detalicznej) benzyny uniwersalnej. Celem zawarcia zarzucanego porozumienia było pozbawienie klientów możliwości zakupu benzyny uniwersalnej, a przedsiębiorców działających na szczeblach hurtowego i detalicznego handlu paliwami płynnymi możliwości dostarczenia jej potencjalnym nabywcom. Po stronie podażowej uczestnikami rynku są zatem sprzedawcy hurtowi i detaliczni U95 (w tym PKN ORLEN i Grupa LOTOS) zaś po stronie popytowej zarówno sprzedawcy hurtowi i detaliczni, którzy chcieliby nabyć w benzynę uniwersalną w celu jej dalszej sprzedaży (hurtownicy sprzedawcom detalicznym zaś detaliści indywidualnym klientom) jak i konsumenci posiadający auta z silnikiem starszej generacji (bez utwardzonych gniazd zaworowych).

Rynek geograficzny

Rynek geograficzny w niniejszej sprawie obejmuje teren Polski. Wynika to z faktu, iż sprzedawana na rynku polskim benzyna uniwersalna pochodzi niemal wyłącznie ze

znajdujących się na terenie Polski rafinerii, zaś import z rafinerii zagranicznych ma znaczenie marginalne. Ponadto porozumienie wywiera jednolite skutki w skali całego kraju ograniczając się jednocześnie do terytorium Polski gdyż benzyna uniwersalna nie była eksportowana do innych krajów⁹ (patrz tabele i dane prezentowane w części ustalającej niniejszej decyzji). Paliwa U95 kierowane były na rynek z myślą o kierowcach polskich, którzy posiadali samochody z nieutwardzonym gniazdem zaworowym. Strategia działania stron porozumienia dotycząca produkcji i handlu U95 budowana była z myślą o odbiorcach na rynku krajowym. Ich liczebność i potrzeby brano były również pod uwagę podczas podejmowania decyzji o wprowadzaniu dodatku potasowego.

Niezależnie od powyżej przedstawionej argumentacji dotyczącej rynku właściwego produktowo na użytek niniejszego postępowania, stwierdzić należy, że przyjęcie (zgodnie ze stanowiskiem stron postępowania), iż w skład rynku właściwego w sprawie (od strony produktowej) wchodzi zarówno benzyna U95, jak też benzyna z samodzielnie aplikowanym dodatkiem potasowym pozostawałoby bez wpływu na rozstrzygnięcie przyjęte w niniejszej decyzji. Wynika to z następujących faktów. Po pierwsze zamiarem przedsiębiorców działających na rynku paliwowym było, jak się wydaje, zastąpienie jednego produktu, drugim, a nie prowadzenia sprzedaży obu produktów jednocześnie. Nie można zatem stwierdzić, że sytuacją docelową było posiadanie w ofercie zarówno benzyny U95, jak też benzyny z aplikowanym dodatkiem. Do dnia 1 stycznia 2005 r. oba produkty zasadniczo nie funkcjonowały jednocześnie w ofercie PKN ORLEN i Grupy LOTOS. W takiej sytuacji nie można w ogóle rozważać substytucyjności produktów, bowiem jeden z nich nie jest przedmiotem podaży w czasie, kiedy jest nim drugi. Po drugie (co jest wynikiem (zasadniczo) braku podaży równoległej), udział stron porozumienia w rynku przez nie wskazywanym, nie uległby zmniejszeniu, które mogłoby mieć wpływ na niniejsze rozstrzygnięcie. Wpływ na niniejsze rozstrzygnięcie mogłaby bowiem mieć jedynie taka sytuacja, gdyby udział w rynku właściwym uczestników porozumienia (w tym przypadku horyzontalnego) był niższy niż próg bagatelności, określony w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. 5%. Oczywiście w niniejszej sprawie, przypadek taki (niezależnie od „rozszerzenia” bądź „zawężenia” rynku produktowego), absolutnie nie miał miejsca.

Nadto należy mieć na uwadze, iż zgodnie ze stanowiskiem SOKiK wyrażonym w wyroku z dnia 14 lutego 2007 r., sygn. akt XVII AmA 98/06, „w przypadku zakazanych porozumień, o których mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określenie rynku właściwego i udziału w nim porozumiewających się podmiotów ma znaczenie drugorzędne, wpływające na treść zawartego w tym przepisie zakazu wyłącznie w przypadku określonym w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”. Wyrok powyższy został utrzymany w mocy przez Sąd Apelacyjny w Warszawie.

Porozumienie

⁹ Pismo Nafty Polskiej S.A. z dnia 28 kwietnia 2005 r., nr BPR/1603/256/2005

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W doktrynie przyjmuje się, iż wyeliminowanie konkurencji ma miejsce wówczas, gdy w wyniku kolektywnych działań, niezależni przedsiębiorcy rezygnują ze współzawodnictwa rynkowego, a zachowanie takie dotyczy wszystkich uczestników danego rynku. Do ograniczenia konkurencji dochodzi wówczas, gdy rezygnacja ze współzawodnictwa rynkowego dotyczy jedynie części aktywnych na rynku przedsiębiorców, za naruszenie konkurencji uważa się natomiast zawarcie porozumień w celu skoordynowania działań gospodarczych przez przedsiębiorców, którzy powinni działać w sposób samodzielny¹⁰.

Zgodnie z art. 4 pkt 4 ustawy antymonopolowej przez porozumienia rozumie się:

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

Szeroka definicja porozumienia pozwala na objęcie zakazem wynikającym z art. 5 ustawy wszelkich skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców, które wywołują lub mogą wywołać negatywne skutki rynkowe w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji, w tym tzw. uzgodnionych praktyk.

Odwołując się do orzecznictwa ETS można stwierdzić, że celem objęcia art. 81 TWE (odpowiednik art. 5 Ustawy w prawie wspólnotowym) uzgodnionych praktyk było zakazanie takiej formy koordynacji pomiędzy przedsiębiorcami, która nie będąc porozumieniem *sensu stricto* (nie osiągając stadium, w którym można mówić o zawarciu porozumienia) świadomie wyłącza ryzyko konkurowania i zastępuje je praktyczną kooperacją (realną współpracą) przedsiębiorców.¹¹

W tożsamy w gruncie rzeczy sposób rozumiany jest cel objęcia zakazem art. 5 ustawy antymonopolowej uzgodnionych praktyk. W wyroku z dnia 13 września 2006 r. w sprawie o sygn. akt VI ACa 185/06, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, iż „Ustawodawca zakazując porozumień ograniczających konkurencję (art. 5 ustawy o ochronie konkurencji) definiuje pojęcie porozumienia w sposób przykładowy w art. 4 ust. 4 lit. b wskazując, że mogą to być uzgodnienia dokonywane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki. Oznacza to, że definicja przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które

¹⁰ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002

¹¹ Wyrok ETS z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie 46/89 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich

zmierzają do naruszenia konkurencji czy przez wyeliminowanie czy ograniczenie. Istotą tej formy porozumienia jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.”.

W przedmiotowej sprawie, jakkolwiek nie doszło do zawarcia pomiędzy stronami umów określających wspólne zachowanie na rynku, nie ulega wątpliwości, iż dokonały one uzgodnień dotyczących wycofania się z produkcji benzyny uniwersalnej.

Jak opisane zostało powyżej, na posiedzeniu zarządu PKN ORLEN w dniu 25 maja 2004 r. podjęto decyzję kierunkową o wycofaniu benzyny uniwersalnej z produkcji i dystrybucji jednak, jak zaznaczono, wykonanie decyzji miało być przeprowadzone w porozumieniu z Grupą Lotos. Wspólne działanie w powyższym zakresie miało według PKN ORLEN **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 23 załącznika nr 1 do decyzji]**

Podejmując działania przygotowujące do zaprzestania produkcji i sprzedaży U95 Grupa LOTOS wiedziała o zamiarze PKN ORLEN wycofania benzyny uniwersalnej z końcem 2004 r. o czym świadczy e-mail dyrektora ds. handlu z dnia 23 sierpnia 2004 r. do wybranych pracowników, w którym, informując ich o planach konkurenta, sugeruje jednoczesne wycofanie się Grupy LOTOS z dostaw U95. („*Proszę o odpowiedź nt. możliwości i ewentualnych przeszkód: technicznych, organizacyjnych, finansowych, itp. wycofania się GL S.A. z dostaw tego gatunku benzyny w tym samym okresie*”).

Powyższy e-mail wysłany został w kilka dni po spotkaniu przedstawicieli Grupy LOTOS i PKN ORLEN (18-19 sierpnia 2004 r.), na którym przedstawiciele PKN ORLEN poinformowali konkurenta o zaprzestaniu z końcem 2004 r. produkcji i sprzedaży U95.

Zwrócić należy także uwagę na wysłanie przez strony postępowania w podobnym okresie pism do Nafty Polskiej S.A., informujących o zakończeniu produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej – PKN ORLEN przesłał swoje pismo w dniu 7 października 2004 r. zaś Grupa LOTOS w dniu 11 października 2004 r. Przy czym, jak wyżej wspomniano, PKN ORLEN skierował swoje pismo również do wiadomości Grupy LOTOS, zamieszczając w nim następujący fragment: „*PKN Orlen S.A. i Grupa Lotos uzgodniły zakończenie produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej U-95 w dotychczasowej formie z dniem 31 grudnia br.*”. Grupa LOTOS otrzymała cytowane pismo w dniu 18 października 2004 r. (a więc kilka dni po przesłaniu do Nafty Polskiej swojego pisma) przy czym spółka w żaden sposób nie prostowała twierdzeń konkurenta o wspólnym ustaleniu zakończenia produkcji i dystrybucji U95. Przyjając zatem można że uznała powyższe stwierdzenia PKN ORLEN za zgodne z prawdą. W powyższym okresie i później (aż do końca 2004 r.) obie spółki przygotowywały operację wycofania z produkcji i dystrybucji U95 oraz wprowadzenia do sprzedaży dodatku potasowego do stosowania razem z 95-oktanową benzyną bezołowiową. Przyczyną zaś kontynuowania przez Grupę LOTOS sprzedaży benzyny uniwersalnej

był fakt, iż spółka posiadała zapasy dodatku potasowego pozwalające na kontynuowanie sprzedaży U95 w styczniu 2005 r. oraz prosta technologia produkcji benzyny uniwersalnej (dodanie na autonalewaku do benzyny Pb95 dodatku potasowego)¹².

W ocenie organu antymonopolowego, z opisanej sekwencji zdarzeń wynika jasno, że z inicjatorem skoordynowania działań dotyczących wycofania U95 był PKN ORLEN – zamiarem spółki było wspólne wycofanie benzyny uniwersalnej co miało zapobiec przejmowaniu klientów, a w konsekwencji rynku sprzedaży benzyny U95 (znajduje to jednoznaczne potwierdzenie w zebranych materiałach dowodowych). Znaczenie jednoczesnego działania konkurentów było wielokrotnie podkreślane przez PKN ORLEN m.in. w notatkach z posiedzeń Zespołu. Niewątpliwie jest także, że między stronami postępowania w sierpniu 2004 r. nastąpiła wymiana informacji dotyczących zamiaru oraz terminu zaprzestania produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej. To właśnie po spotkaniu przedstawicieli obu przedsiębiorców Grupa LOTOS podjęła działania zmierzające do wycofania benzyny uniwersalnej z rynku przy czym założeniem wyjściowym poczynionym przez Dyrektora do spraw Handlowych spółki było wycofanie benzyny uniwersalnej z produkcji i dystrybucji „w tym samym okresie” co PKN ORLEN.

Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że PKN ORLEN i Grupa LOTOS zawarły porozumienie w formie uzgodnienia co do wycofania U95 z produkcji i sprzedaży. Wprowadzie PKN ORLEN i Grupa LOTOS nie zawarły formalnego porozumienia (umowy) ale doszło między nimi do bezpośredniego kontaktu, którego celem był:

- a) wpływ na zachowanie rynkowe istniejącego lub potencjalnego konkurenta,
- b) ujawnienie takiemu konkurentowi zachowania rynkowego, które przedsiębiorca ujawniający zdecydował się przyjąć lub którego przyjęcie rozważa¹³.

Dokonanie przez strony uzgodnienia w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. b) ustawy antymonopolowej w przedmiocie zaprzestania produkcji i sprzedaży U95 jest zatem bezsporne.

Mając na uwadze powyższe nie sposób zgodzić się z argumentem podnoszonym przez Grupę LOTOS w ostatecznym stanowisku strony¹⁴ w sprawie, iż „jedyną (...) podstawą prowadzenia postępowania mogłoby być posiadanie zawartego przez strony rzekomego porozumienia, w którym uzgodniły one określone zachowanie”.

Jednocześnie nadmienić należy, iż wymogi prawne ciążące m.in. na producentach paliw, a wynikające z przywołanych w piśmie Grupy LOTOS z dnia 17 grudnia 2007 r. aktów normatywnych mających na celu ochronę środowiska, nie usprawiedliwiają zawarcia przez strony porozumienia zakazanego przez art. 5 Ustawy. Realizując bowiem obowiązki nałożone powszechnie obowiązującymi przepisami

¹² E-mail p. [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – pkt 1 załącznika nr 3 do decyzji] z dnia 28 grudnia 2004 r. pt.: „Benzyna uniwersalna” oraz pismo spółki z dnia 12 maja 2005 r.

¹³ Wyrok ETS z dnia 16 grudnia 1975 r. w połączonych sprawach 40-48, 50 54-56, 111, 113, 114/73 Coöperative Vereniging „Suiker Unie” UA i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich

¹⁴ Pismo z dnia 17 grudnia 2007 r., nr KR/1075/07

prawa przedsiębiorca nie może jednocześnie podejmować działań godzących w ustawodawstwo antymonopolowe (np. zawierając anykonkurencyjne porozumienie jak w przedmiotowej sprawie). Przedsiębiorca powinien podejmować w sposób samodzielny decyzje dotyczące jego polityki handlowej.

Antykonkurencyjność porozumienia

W myśl art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Powyższa redakcja przytoczonego przepisu oznacza, że dla uznania porozumienia za sprzeczne z Ustawą wystarczające jest by antykonkurencyjny był sam cel porozumienia.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 lipca 2004 r. (sygn. akt XVII Ama 65/03) *„nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolistycznej (...). Z treści art. 1 ust. 2 ustawy wynika bowiem, że 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 wywoływać takie skutki.”*

Ponadto w wyroku z dnia 15 lipca 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 32/98), Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że *„(...) dla uznania konkretnego działania albo zaniechania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywoływało skutki na rynku. Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji”*. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., w którym czytamy: *„stosownie do treści art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub części”*¹⁵. Ponadto w wyroku z dnia 10 września 2003 r. (sygn. akt XVII Ama 136/2002) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów analizując treść art. 5 ustawy antymonopolowej stwierdził m.in. *„Przepis ten nie wymaga zatem wystąpienia skutku, gdyż zakazane jest działanie w celu ograniczenia lub naruszenia konkurencji. Nie ma więc znaczenia, czy strony przystąpiły do wykonywania tego porozumienia lub jego egzekwowania.”*

W świetle przytoczonego orzecznictwa nie można uznać słuszności argumentu Grupy LOTOS podniesionego w ostatecznym stanowisku strony w sprawie (pismo z dnia 17 grudnia 2007 r., nr KR/1075/07) jakoby *„Ze względu na brak istnienia jakiegokolwiek dokumentu, który mógłby stanowić materialny przejaw porozumienia, (...) badanie powinno się ograniczyć do ustalenia antykonkurencyjnego skutku.”* Wynika to z faktu, że po pierwsze dokumenty świadczące o zawarciu zakazanego porozumienia znajdują się w zebranych materiale dowodowym, i pomimo że nie jest to formalna

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 marca 2004 r., XVII Ama 40/02

umowa, której przedmiotem jest jednoczesne wycofanie z rynku danego produktu, to bezsprzecznie wskazują one na fakt zawarcia porozumienia, a po drugie przepis art. 5 Ustawy absolutnie nie ogranicza możliwości stwierdzenia istnienia porozumienia „co do celu” jedynie do przypadków, w których porozumienie to jest wyrażone w formie formalnej umowy, co wynika wprost z przepisów art. 4 pkt 4 Ustawy.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest wspólne ustalenie przez strony – PKN ORLEN i Grupę LOTOS – wycofania z produkcji benzyny uniwersalnej i zastąpienie jej benzyną bezołowiową wraz z dodatkiem potasowym do samodzielnej aplikacji. Działając w ten sposób strony, będące konkurentami na rynkach produkcji, sprzedaży hurtowej i detalicznej paliw, wspólnie ustaliły sposób zachowania na rynku właściwym, eliminując wszelką niepewność co do swojego przyszłego zachowania dotyczącego produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej. Fakt uzgodnienia wspólnego wycofania produktu bezsprzecznie miał miejsce (co wynika z zebranego materiału dowodowego), niezależnie od późniejszej realizacji tego uzgodnienia. Działanie takie miało na celu ograniczenie konkurencji pomiędzy stronami porozumienia i wyłączenie niepewności, co do działań rynkowych konkurentów. Zachowanie takie jest wysoce naganne i niedopuszczalne w świetle przepisów antymonopolowych, wyłącza bowiem ryzyko konkurowania, co wpływa bezpośrednio negatywnie na podaż określonych produktów lub usług, pogarszając sytuację odbiorców danych dóbr. Mając dodatkowo na uwadze siłę (wielkość) przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu, należy stwierdzić, że porozumieniem „zainfekowany” został niemalże cały rynek sprzedaży benzyny U95.

Z inicjatywą porozumienia wystąpił PKN ORLEN, który, przygotowując plan wycofania benzyny uniwersalnej, za niezbędne uznał przeprowadzenie go wspólnie z Grupą LOTOS, w celu niedopuszczenia do utraty rynku na rzecz swojego konkurenta [**tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 24 załącznika nr 1 do decyzji**] – notatka ze spotkania grupy roboczej w dniu 7 lipca 2004 r.). Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż **celem** porozumienia było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, poprzez skoordynowanie zachowania w zakresie produkcji i sprzedaży benzyny uniwersalnej.

Przytoczone zdanie wskazuje również, iż jednostronne wycofanie się z produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej wiązało się z zagrożeniem, iż dotychczasowi klienci jednego przedsiębiorcy, posiadający samochody wyposażone w silniki starszych generacji, niezadowoleni z wycofania U95 ze sprzedaży, zaczną się zaopatrywać w ten produkt na stacjach jego największego konkurenta lub przez niego zaopatrywanych. Taki rozwój sytuacji sprawiłby, iż jednostronna rezygnacja przez jednego z uczestników porozumienia z produkcji benzyny uniwersalnej byłaby dla tego przedsiębiorcy nieopłacalna, ponieważ w jej wyniku utraciłby przynajmniej część dotychczasowych klientów na rzecz konkurentów. Dopiero skoordynowanie takiego działania z największym konkurentem na rynku produkcji paliw dawało gwarancję, iż nie będzie się ono wiązać z odpływem klientów.

Wskazuje na to również prezentacja zatytułowana „*Zmiana sposobu dystrybucji benzyny Uniwersalnej 95*”, przedstawiona przez [**tajemnica chroniona na podstawie**

odrębnych przepisów – pkt 25 załącznika nr 1 do decyzji] na posiedzeniu zarządu PKN ORLEN w dniu 25 maja 2004 r., w której, w slajdzie zatytułowanym „*Wady zmian w dystrybucji Uniwersalnej – 95*”, znaleźć można między innymi stwierdzenie, iż „*Brak pozytywnej informacji mógłby powodować niezadowolenie klientów (odejść nie mają gdzie)*” [podkr. Prezesa UOKiK]. Koordynacja działań z Grupą LOTOS, zapewniająca, iż klienci nie będą mogli znaleźć alternatywnego dostawcy, była ważnym elementem operacji wycofywania z rynku benzyny uniwersalnej, na którą to operację PKN ORLEN samodzielnie nie zdecydowałby się lub przeprowadziłby ją później, z uwagi na przewidywany opór klientów i ich możliwą migrację do stacji obsługiwanych przez konkurenta.

Jednym z podstawowych zjawisk zapewniających funkcjonowanie rynku z korzyścią dla konsumentów jest niepewność przedsiębiorców co do zachowań konkurentów. Utrudnia lub nawet uniemożliwia ona przedsiębiorcom podejmowanie działań, które są zbiorowo korzystne dla nich, lecz niekorzystne dla konsumentów. Za przykład posłużyć może tutaj zagadnienie ustalania cen. Nie ulega wątpliwości, iż każdy przedsiębiorca preferuje ceny wysokie w stosunku do niskich. Tym co powstrzymuje go przed ustalaniem wysokich cen na swoje produkty, jest niepewność co do reakcji konkurentów. Jeśli podnieśliby oni ceny wspólnie, wszyscy skorzystaliby na tym, ponieważ konsumenci nie dysponowaliby żadną alternatywą dla nabywania produktu po wysokich cenach, co przełożyłoby się na wzrost rentowności sprzedawców. Jednak, jeśli w reakcji na podniesienie cen przez danego przedsiębiorcę, jego konkurenci pozostawią ceny na dotychczasowym poziomie, przedsiębiorca podnoszący ceny straci klientów. Niepewność co do zachowania konkurenta, do którego mogą odejść klienci, jeśli uznają ofertę danego przedsiębiorcy za niekorzystną, zapewnia, iż przedsiębiorcy będą dążyć do zaoferowania klientom jak najlepszych warunków. Zniesienie owej niepewności, np. poprzez wiarygodne zobowiązanie się do utrzymywania wysokich cen, sprawia, iż przedsiębiorcy mogą, poprzez pozbawienie konsumentów alternatyw, wymuszać na nich wysokie ceny lub inne niekorzystne warunki oferty, na które nie mogliby sobie pozwolić w warunkach braku koordynacji działań.

Konieczność przeciwdziałania przedsięwzięciom zmierzającym do zmniejszenia niepewności przedsiębiorców co do zamierzeń konkurentów podkreśla w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W powoływanym już orzeczeniu w sprawie *ICI*¹⁶ Trybunał uznał, iż przedsiębiorstwa, które na spotkaniach branżowych oznajmiały konkurentom moment i wysokość planowanych podwyżek, „*wyeliminowały wzajemnie i z góry wszelką niepewność co do ich wzajemnych zachowań na różnych rynkach, a zatem wyeliminowały znaczną część ryzyka, nieodłącznie związanej z jakąkolwiek niezależną zmianą zachowania na tych rynkach*”. Za sprzeczną z zasadami konkurencji ETS uznał jakąkolwiek współpracę z konkurentami mającą na celu „*określenia skoordynowanego postępowania w odniesieniu do podwyżki cen i zapewnienia sobie powodzenia przez wcześniejsze wyeliminowanie wszelkiej niepewności co do wzajemnego zachowania względem tak*

¹⁶ Wyrok Trybunału z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

istotnych elementów tego działania, jak wielkość, przedmiot, data i miejsce takich podwyżek”.

W wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r., Sąd Najwyższy odwołując się do orzeczenia ETS w sprawie *Woodpulp II* wyjaśnił w jakich okolicznościach można mówić o koordynacji zachowań przedsiębiorców stwierdzając m.in.: *„Chodzi o minimalny poziom współpracy między przedsiębiorcami, wystarczający do skutecznego postawienia im zarzutu dopuszczenia się współpracy niezgodnej z art. 81 TWE. Nie można mówić o takiej koordynacji zachowań, jeżeli między uczestnikami rynku nie doszło do jakichkolwiek kontaktów bezpośrednich lub pośrednich, dzięki którym mogliby wpływać na rynek lub ujawniać konkurentom, w jaki sposób zamierzają zachować się w przyszłości. Instytucja uzgodnionej praktyki wymaga bowiem – choćby niewielkiego – poziomu porozumienia między uczestnikami. Do uznania zachowań przedsiębiorców za przejaw uzgodnionej praktyki konieczne jest stwierdzenie jakiejś formy kontaktów między przedsiębiorcami, np. w postaci odbywania spotkań lub rzeczywistej wymiany informacji między uczestnikami praktyki¹⁷”.*

W świetle powyższego, sprzeczność koordynacji zachowań rynkowych przez Grupę Lotos i PKN ORLEN z obowiązującymi w Polsce regułami konkurencji nie ulega najmniejszej wątpliwości. Wprowadzenie w życie wspólnych ustaleń spowodowałoby, iż konsumenci zostaliby pozbawieni wyboru pomiędzy poszczególnymi formami dystrybucji benzyny uniwersalnej – odebrano by im możliwość tankowania benzyny uniwersalnej z dystrybutora na stacji benzynowej. Na fakt, iż taka forma dystrybucji była ceniona przez posiadaczy starszych pojazdów wskazują nie tylko opinie stowarzyszeń ich reprezentujących (pismo Stowarzyszenia Obrony Polskich Użytkowników Dróg z Gdańska z dnia 10 maja 2005 r.), ale przede wszystkim opinia PKN ORLEN, podmiotu, którego dogłębna znajomość polskiego rynku paliw nie ulega wątpliwości. Prawdopodobne odejście klientów do konkurencji dobitnie potwierdza, iż możliwość tankowania benzyny uniwersalnej bez konieczności aplikowania dodatku potasowego była ceniona przez konsumentów, którzy stojąc przed wyborem pomiędzy benzyną bezołowiową uzupełnianą samodzielnie dodatkiem potasowym na stacji PKN ORLEN, a tankowaniem benzyny uniwersalnej na stacji Grupy LOTOS (lub przez Grupę LOTOS zaopatrywanej), mogliby zdecydować się na korzystanie z usług konkurentów Koncernu. Podjęte przez strony postępowania działania miały ewidentnie na celu zapobieżenie takiej sytuacji.

Nie są przekonujące tłumaczenia stron (zawarte między innymi w piśmie Grupy LOTOS z dnia 17 grudnia 2007 r.), jakoby ich wzajemne informowanie się o wycofaniu benzyny uniwersalnej z dniem 1 stycznia 2005 r. miało związek wyłącznie ze stosunkami wertykalnymi, łączącymi ich w związku z umowami „swapowymi”, na podstawie których, dążąc do obniżenia kosztów dystrybucji, strony wymieniają się paliwami. Świadczy o tym przede wszystkim wyraźne sformułowanie celu porozumienia jako dążenia do **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 26 załącznika nr 1 do decyzji]**. Ponadto w opinii organu antymonopolowego, jakkolwiek zaangażowanie w transakcje typu „swap” uzasadnia przekazanie kontrahentowi

¹⁷ Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2006 r. w sprawie sygn. akt III SK 6/06

informacji o zamiarze zaprzestania produkcji dostarczanego towaru, nie może jednak stanowić pretekstu do wspólnego ustalania wycofania danego produktu z rynku, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.

Zauważyć należy również, iż w wewnętrznych opracowaniach dotyczących planowanego wycofania benzyny uniwersalnej wspomina się o konieczności uzgodnienia tego kroku z Grupą LOTOS **oraz** głównymi odbiorcami. Wyraźnie wskazuje to na fakt, iż Grupa LOTOS nie była traktowana przez PKN ORLEN jako odbiorca.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż Prezes UOKiK nie kwestionuje legalności faktu wycofania z obrotu benzyny uniwersalnej jako takiego. Naturalne jest bowiem, iż firmy, dla których dalsze oferowanie schyłkowego produktu nie jest zyskowne, rezygnują z jego sprzedaży. Zachowanie to jest normalne dla prawidłowo funkcjonującego rynku tak długo, jak decyzje o wycofaniu się z danego rodzaju działalności podejmowane są przez jego uczestników **niezależnie**. Podobnie jak wspólne ustalanie cen, skoordynowane decyzje dotyczące wycofania produktu z rynku nie są korzystne dla konsumentów, przynosząc korzyści jedynie przedsiębiorcom. W niniejszym przypadku działania stron nie były oparte jedynie na przeprowadzonym niezależnie rachunku ekonomicznym – jak wskazuje materiał dowodowy, podstawowym warunkiem wycofania się z produkcji benzyny uniwersalnej, w szczególności ze strony PKN ORLEN, było uzyskanie pewności co do analogicznego działania ze strony konkurenta, co zapewniało, iż klienci zostaną pozbawieni wyboru pomiędzy poszczególnymi formami dystrybucji benzyny uniwersalnej.

Dodatkowym elementem wskazującym na zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia wskazywać może manipulacja cenami U95 i benzyny bezołowiowej z aplikowanym dodatkiem, tak aby konsumenci nie odczuli, po wycofaniu ze sprzedaży U95, negatywnej dla nich różnicy cenowej tankowanej benzyny. Zarówno PKN ORLEN, jak i Grupa LOTOS pod koniec roku 2004 podwyższyły ceny U95, tak aby substytutem cenowym od początku 2005 r. dla U95 była benzyna bezołowiowa z aplikowanym dodatkiem. Podwyżki te, jak wskazano powyżej, nie miały uzasadnienia rynkowego, a jedynie przygotowywały nabywców benzyny do wprowadzenia w życie wcześniej uzgodnionego działania (mechanizm opisany szczegółowo w części decyzji dotyczącej rynku właściwego).

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że celem porozumienia zarzucanego stronom postępowania było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.

Wszczynając postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie Prezes UOKiK miał na uwadze fakt, iż art. 5 ust. 1 Ustawy formułując zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie wymienia w pkt 1-7 wyczerpująco ich postaci. Zawarty w art. 5 katalog typów porozumień ma charakter przykładowy, ujmując najbardziej typowe przykłady zakazanych zachowań. O tym, że jest to katalog otwarty jednoznacznie świadczy użyty przez ustawodawcę zwrot „w szczególności”. Wobec

braku zasady *numerus clausus* typów porozumień zakazanych przez art. 5 możliwe jest uznanie za naruszające ww. przepis porozumienia nie dającego się zakwalifikować jako żadna z wymienionych praktyk w przykładowym katalogu. Warunkiem uznania takiego porozumienia za sprzeczne z art. 5 Ustawy jest stwierdzenie, że jego cel lub skutek był antykonkurencyjny. Nie jest zatem zasadny zarzut Grupy LOTOS, iż zarzucane stronom porozumienie nie mieści się w katalogu porozumień ograniczających konkurencję wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 1-7 Ustawy. Podobnie nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony przez Spółkę argument malejącej (z uwagi na wiek) liczby samochodów z nieutwardzonymi gniazdami zaworowymi oraz zbyt niskiej sprzedaży benzyny uniwersalnej¹⁸. Powyższe racje uzasadniają w ocenie organu antymonopolowego jedynie jednostronne wycofanie produktu z rynku, nie legalizując w żadnym wypadku uzgodnionego działania największych konkurentów mającego na celu ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.

Za niezasadny należy jednocześnie uznać zawarty w ostatecznym stanowisku Grupy LOTOS zarzut niejasnego sformułowania stawianego stronom postępowania zarzutu. Zgodnie z postanowieniem z dnia 21 marca 2005 r. Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez PKN ORLEN oraz Grupę LOTOS porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej U95, polegającego na ustaleniu jednoczesnego zakończenia produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej i wyeliminowaniu w ten sposób konkurencji na krajowym rynku sprzedaży U95 oraz wyłączeniu ryzyka przejścia rynku przez konkurenta. W ocenie organu antymonopolowego przytoczony opis zarzucanej praktyki jest wystarczająco precyzyjny by strona mogła się do niego ustosunkować, co z resztą uczyniła. Zauważyć także należy, iż Grupa LOTOS (podobnie jak PKN ORLEN) wnosząc w toku postępowania szereg rzeczowych pism procesowych polemizujących ze stanowiskiem Prezesa UOKiK, wydawała się rozumieć postawiony jej zarzut i nie podnosiła wcześniej tej kwestii. W świetle powyższego, podniesienie tego argumentu po zakończeniu postępowania dowodowego w sprawie, w której prowadzone było prawie trzyletnie postępowanie antymonopolowe (od dnia 21 marca 2005 r.), należy uznać za całkowicie nieuzasadnione.

Podobnie nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Grupy LOTOS zawarty w tym samym piśmie, iż antykonkurencyjne *„porozumienie zarzucane jest tylko dwóm podmiotom, gdy tymczasem z zebranego w sprawie materiału wynika, że istnieją także inne podmioty na rynku właściwym”*. Zarzut zawarcia porozumienia został postawiony „tylko” PKN ORLEN i Grupie LOTOS z uwagi na fakt, że to właśnie ci dwaj przedsiębiorcy zawarli porozumienie naruszające art. 5 Ustawy, co znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym zebranym w sprawie. Nieuzasadnione zatem byłoby stawianie powyższego zarzutu innym podmiotom tylko dlatego, że działają na rynku „dotkniętym” porozumieniem.

¹⁸ Pismo Grupy LOTOS z dnia 17 grudnia 2007 r., nr KR/1075/07

Zaniechanie stosowania

Jednocześnie stwierdzić należy, iż koordynacja zachowań stron postępowania, których celem było wycofanie benzyny uniwersalnej z produkcji i sprzedaży zakończyła się w dniu 31 grudnia 2004 r. Biorąc pod uwagę, że Grupa LOTOS odstąpiła od zamiaru zaprzestania produkcji i sprzedaży U95 z dniem 1 stycznia 2005 r. i kontynuowała sprzedaż U95 aż do 30 lipca 2007 r. nie sposób uznać, iż PKN ORLEN i Grupa LOTOS po 31 grudnia 2004 r. działały w porozumieniu. Jedynie inicjator przedmiotowego porozumienia - PKN ORLEN zrealizował zamiar (plan) stron i wycofał benzynę uniwersalną z produkcji i sprzedaży jak zamierzał, co uzgodnił wcześniej z Grupą LOTOS. W dniu 1 stycznia 2005 r. zanikł więc istniejący wcześniej element realnej współpracy (współdziałania) stron postępowania w przedmiocie wycofania U95 z rynku niezbędny do tego by ww. przedsiębiorcom móc nakazać decyzją Prezesa UOKiK zaniechanie stosowania porozumienia w postaci uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 4 lit. b) Ustawy. W świetle opisanych faktów uznać należy, że na skutek odstąpienia Grupy LOTOS od zamiaru zaprzestania produkcji i sprzedaży U95, strony postępowania z dniem 1 stycznia 2005 r. zaniechały stosowania zarzucanej praktyki.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy antymonopolowej nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 9 (tj. decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej jej zaniechania), jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy albo związku przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub w art. 8 Ustawy. W myśl ust. 2 cytowanego przepisu, w przypadku określonym w ust. 1 Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

W związku z powyższym w zaistniałej sytuacji wydać należało zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję zawarcie przez PKN ORLEN S.A. oraz Grupę LOTOS porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej U95, polegającego na ustaleniu jednoczesnego zakończenia produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej na krajowym rynku sprzedaży U95 oraz wyłączeniu ryzyka przejęcia rynku przez konkurenta i stwierdzającą zaniechanie stosowania praktyki z dniem 1 stycznia 2005 r.

Bezprzedmiotowy jest zatem argument podniesiony w piśmie Grupy LOTOS z dnia 17 grudnia 2007 r., iż Prezes UOKiK nie może zmusić przedsiębiorcy do kontynuowania produkcji określonego towaru w sytuacji gdy ten chciałby tego zaprzestać. Zdaniem Grupy LOTOS w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy Prezes UOKiK wydając decyzję stwierdzającą stosowanie praktyki antykonkurencyjnej musiałby jednocześnie nakazać jej zaniechania, czyli *de facto* zmusić strony do dalszej produkcji i dystrybucji U95. Tymczasem ingerencja Prezesa UOKiK nie zmierza do przymuszenia przedsiębiorcy do prowadzenia nieopłacalnej bądź nieefektywnej technologicznie produkcji. Przedsiębiorca może w sposób swobodny podejmować decyzje o zaprzestaniu takiej produkcji, jeśli podejmowane są one w sposób samodzielny, nie są zaś wynikiem uzgodnień z konkurentami.

Zastosowanie reguły *de minimis*

Spółkom zarzuca się naruszenie art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej. Przywołany przepis zakazuje przedsiębiorcom zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Do porozumień ograniczających konkurencję między przedsiębiorcami stosuje się, co do zasady, regułę *de minimis*, która wyłącza ingerencję Prezesa Urzędu w porozumienia o charakterze bagatelnych, które ze swej istoty nie mogą wyrzucić odczuwalnego skutku dla stanu konkurencji na rynku. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy antymonopolowej, zakazu, o którym mowa w art. 5, nie stosuje się do: **(1)** porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%; **(2)** porozumień zawieranych między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

PKN ORLEN i Grupa LOTOS działają m.in. na rynkach produkcji, handlu hurtowego i sprzedaży detalicznej paliw płynnych, zaś zarzucane porozumienie było uzgodnieniem dwóch producentów prowadzących jednocześnie sprzedaż hurtową i detaliczną swoich benzyn co do wycofania jednego z gatunków paliw. Było ono zatem porozumieniem podmiotów działających na tych samych szczeblach obrotu czyli konkurentów. W świetle powyższego można uznać, że zarzucane stronom postępowania porozumienie wyłączone jest spod zakazu ustanowionego w art. 5 ust. 1 Ustawy, jeżeli łączny udział stron w rynku właściwym w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekroczył 5%.

Mając na uwadze treść cytowanych przepisów, a szczególnie art. 6 Ustawy, koniecznym jest określenie pozycji stron postępowania na rynku właściwym. W tym celu organ antymonopolowy dokonał oszacowania udziałów stron postępowania na krajowym rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej, zarówno na szczeblu hurtowym jak i detalicznym mierząc je wielkością sprzedaży U95 w 2003 r.

Tabela 2. Sprzedaż hurtowa benzyny uniwersalnej w 2003 r.

Sprzedaż hurtowa benzyny uniwersalnej w 2003 r.		
Przedsiębiorca	Wielkość sprzedaży (w tonach)	Udział w rynku
PKN ORLEN	[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 27 załącznika nr 1 do decyzji, pkt 1 załącznika nr 2 do decyzji oraz pkt 2 załącznika nr 3 do decyzji]	100,00%
Grupa LOTOS		
Rafineria Jedlicze		
Rafineria Trzebinia		
Rafineria Jasło		
Rafineria Czechowice		
Rafineria Glimar		
ConocoPhilips		
J&S Energy		
ExxonMobil		
Slovnaft Polska		
Shell Polska		
Statoil Poland		
RAZEM		

Źródło: Obliczenia własne Prezesa UOKiK na podstawie danych ww. przedsiębiorców.

Jak wynika z powyższej tabeli łączny udział PKN ORLEN i Grupy LOTOS w rynku hurtowej sprzedaży benzyny uniwersalnej, biorąc pod uwagę wyniki osiągnięte przez największe działające na polskim rynku podmioty, wynosił 79,18%. Przyjmując nawet założenie, że wielkość sprzedaży przyjęta w tabeli jako łączna sprzedaż hurtowa benzyny uniwersalnej była większa z uwagi na działalność na rynku sprzedaży hurtowej innych podmiotów (nieznanych organowi antymonopolowemu z uwagi na niewielki potencjał rynkowy), a tym samym łączny udział stron był niższy niż wskazany w tabeli, stwierdzić należy, iż różnica ta byłaby nieznaczna i niemożliwym jest by udział ten nie wynosił więcej niż 5%, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Wielkość sprzedaży U95 na szczeblu detalicznym w 2003 r. biorąc pod uwagę wyniki tych samych przedsiębiorców przedstawiała się następująco:

Tabela 3 Sprzedaż detaliczna benzyny uniwersalnej w 2003 r.

Sprzedaż detaliczna benzyny uniwersalnej w 2003 r.		
Przedsiębiorca	Wielkość sprzedaży (w tonach)	Udział w rynku
PKN ORLEN	[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 28 załącznika nr 1 do decyzji, pkt 2 załącznika nr 2 do decyzji oraz pkt 3 załącznika nr 3 do decyzji]	
Grupa LOTOS		
Rafineria Trzebinia		
Rafineria Jedlicze		
Rafineria Jasło		
Rafineria Czechowice		
Rafineria Glimar		
ConocoPhilips		
J&S Energy		
ExxonMobil		
Slovnaft Polska		
Shell Polska		
Statoil Poland		
Operatorzy niezależni ¹⁹		
RAZEM	328 001,43	100,00%

Źródło: Obliczenia własne Prezesa UOKiK na podstawie danych ww. przedsiębiorców.

Opierając się na wielkościach ujętych w powyższej tabeli stwierdzić należy, że łączny udział PKN ORLEN i Grupy LOTOS w rynku sprzedaży detalicznej U95 w 2003 r. wyniósł 60,44%. Zaznaczyć jednocześnie należy, że wielkość sprzedaży PKN ORLEN ujęta w powyższej tabeli osiągnięta została jedynie na stacjach własnych Spółki, tymczasem sieć detaliczną PKN ORLEN tworzą także stacje patronackie i franczyzowe. Jak wynika z raportu rocznego Spółki za 2003 r. PKN ORLEN posiadał wówczas (na koniec roku) 1311 stacji własnych oraz 564 stacje patronackie i 20 stacji franczyzowych. Biorąc powyższe pod uwagę w rzeczywistości sprzedaż benzyny uniwersalnej w sieci stacji PKN ORLEN powinna być większa, a udział w rynku wyższy niż wskazany w powyższej tabeli.

Mając na względzie dane ujęte w powyższych tabelach, należało stwierdzić, że przedsiębiorcy będący stronami niniejszego postępowania dysponował w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie zarzucanego porozumienia, tj. 2003 r., łącznym udziałem w krajowym rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej znacznie przekraczającym 5%.

¹⁹ Stacje benzynowe nienależące do sieci dystrybucyjnej żadnego z przedsiębiorców wskazanych w powyższej tabeli (tzw. stacje prywatne lub niezależne). Ujętą w tabeli wielkość sprzedaży tych stacji oszacowano odejmując od wielkości sprzedaży hurtowej podmiotów ujętych w Tabeli nr 2 wielkość ich sprzedaży detalicznej (biorąc pod uwagę, że benzyna U95 nie była eksportowana, zaś import stanowił wielkość śladową w stosunku do wielkości krajowej sprzedaży hurtowej czy detalicznej).

Ich udział rynkowy nie pozwala zatem w niniejszej sprawie na wyłączenie zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję zawartego w art. 5 Ustawy, na podstawie art. 6 Ustawy.

Zastosowanie wyłączenia grupowego

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy antymonopolowej Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć spod zakazu, o którym mowa w art. 5, porozumienia, które przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających stąd korzyści i które:

- 1) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 2) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

W czasie gdy strony zawarły zarzucane im porozumienie do momentu jego zaniechania obowiązywało kilka rozporządzeń Rady Ministrów dotyczących tzw. wyłączeń grupowych (*block exemption*). W przypadku objęcia danego porozumienia zwolnieniem grupowym dla wyłączenia zakazu art. 5 ustawy antymonopolowej w stosunku do tegoż porozumienia nie jest konieczne wydanie decyzji przez Prezesa UOKiK. Stwierdzić jednak należy, że zarzucane stronom porozumienie nie jest objęte wyłączeniem przewidzianym w żadnym z rozporządzeń Rady Ministrów dotyczącym wyłączeń grupowych.

PKN ORLEN i Grupa LOTOS działają m.in. na rynkach produkcji, handlu hurtowego i sprzedaży detalicznej paliw płynnych zaś zarzucane porozumienie było uzgodnieniem dwóch producentów prowadzących jednocześnie sprzedaż hurtową i detaliczną swoich benzyn co do wycofania się ze sprzedaży jednego z gatunków paliw. Było ono zatem porozumieniem podmiotów działających na tych samych szczeblach obrotu. Nie sposób w świetle powyższego uznać, iż przedmiotowe porozumienie mogłoby być objęte w szczególności wyłączeniem przewidzianym w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zgodnie z § 2 pkt 1) ww. rozporządzenia przez porozumienie wertykalne rozumieć należy porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, działającymi - w ramach takiego porozumienia - na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów. Tymczasem jak wynika z powyższej charakterystyki zarzucane PKN ORLEN i Grupie LOTOS porozumienie jest typowym porozumieniem horyzontalnym (poziomym) zawartym między przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu (konkurentami).

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że przedmiotowe porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu przewidzianego w art. 5 na podstawie żadnego z rozporządzeń Rady Ministrów wydanych na podstawie art. 7 ustawy antymonopolowej.

Zastosowanie indywidualnego wyłączenia porozumienia spod zakazu przewidzianego w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej

Nie każde porozumienie, którego skutkiem lub celem jest ograniczenie konkurencji podlega zakazowi zawartemu w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć spod zakazu, o którym mowa w art. 5, porozumienia, które przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających stąd korzyści i które:

- nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów,
- nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Jeśli porozumienie nie zostało objęte wspomnianym rozporządzeniem Rady Ministrów, ale spełnia przesłanki zawarte w art. 7 ust. 1, Prezes UOKiK, zgodnie z art. 11 ust. 2 wydaje decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyki naruszającej konkurencję. Ciężar udowodnienia, iż warunki zastosowania wyłączenia zostały spełnione, zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. *kodeks cywilny* (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.) spoczywa na przedsiębiorcach będących stronami porozumienia, jako na osobach wywodzących skutki prawne z faktu spełnienia przez porozumienie warunków wyłączenia²⁰. Warunki wyłączenia mają charakter kumulatywny – niespełnienie choćby jednego z nich przez dane porozumienie skutkuje niemożliwością wyłączenia tego ostatniego spod zakazu przewidzianego w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej.

W niniejszej sprawie Grupa LOTOS podniosła, iż nawet jeśli uzgodnienia dotyczące wycofania benzyny uniwersalnej ograniczają konkurencję, spełniają one wymienione wyżej warunki, które pozwalają na wyłączenie porozumienia spod zakazu zawartego w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej. Zdaniem Grupy LOTOS *„nawet uzgodnione »wyprowadzenie z rynku« przez jego głównych uczestników produktu, którego żywot się kończy, aby w to miejsce wprowadzić produkty nowoczesne przyczynia się – w skali całej branży, a nawet gospodarki – do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów i postępu technicznego, nabywcom zaś zapewnia odpowiednią część wynikających z tego postępu korzyści w postaci produktu bezpieczniejszego i o lepszych właściwościach”*. W ocenie Grupy LOTOS uzgodnienia dotyczące sprzedaży benzyny uniwersalnej nie nakładają na strony niniejszego postępowania oraz innych zainteresowanych uczestników rynku żadnych ograniczeń, nie stwarzają im również możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów, z uwagi na niewielki udział benzyny uniwersalnej w „rynku benzyn”.

²⁰ Por. Elżbieta Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 131

W ocenie Prezesa UOKiK argumenty Strony nie zasługują na uwzględnienie, a więc porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania nie może zostać wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż wyłączenie danego porozumienia ograniczającego konkurencję spod zakazu zawartego w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej ma na celu dopuszczenie do obrotu porozumień, których ekonomiczne konsekwencje, pomimo ograniczenia konkurencji pomiędzy podmiotami działającymi na rynku, są pozytywne – prokonkurencyjne skutki porozumienia przeważają nad jego efektami antykonkurencyjnymi. Jak na przykład w Obwieszczeniu dotyczącym stosowania art. 81 ust. 3 TWE²¹ wskazuje Komisja Europejska, ostateczną konsekwencją takich porozumień jest promocja istoty procesu konkurencyjnego, tj. zdobywania konsumentów poprzez oferowanie lepszych produktów lub niższych cen niż konkurenci. Z porozumieniami takimi mamy zazwyczaj do czynienia wówczas, gdy współpracujący ze sobą przedsiębiorcy osiągają korzystny dla konsumentów rezultat, który nie byłby możliwy w wypadku braku koordynacji działań.

W przypadku przedmiotowego porozumienia pomiędzy stronami niniejszego postępowania analogiczna sytuacja z pewnością nie zachodzi. Porozumienie to nie przyczynia się do polepszenia produkcji i dystrybucji towarów lub postępu technicznego – wycofanie z produkcji paliwa, na które wciąż istnieje popyt, skoordynowane przez największych producentów w celu **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 29 załącznika nr 1 do decyzji]** nie spełnia tego warunku. Koordynacja działań przez strony postępowania nie jest tutaj narzędziem osiągnięcia większej efektywności gospodarowania, której żadna ze stron nie mogłaby uzyskać bez współpracy z konkurentem, lecz przeciwnie – motywem działania stron było odebranie konsumentom możliwości zaopatrywania się u konkurenta w paliwo, które preferują, a więc osiągnięcie stanu gospodarczo nieefektywnego. Nie ulega wątpliwości, że strony porozumienia nie tylko nie działały w celu osiągnięcia większej efektywności ekonomicznej, ale wyraźnie dążyły do odebrania konsumentom korzyści wynikających z funkcjonowania konkurencyjnego rynku. Jak ponadto wynika z badań preferencji konsumentów przeprowadzanych na zlecenie PKN ORLEN dotyczących ich reakcji na wycofanie z rynku U95, 27% badanych kierowców stwierdziło, iż będzie korzystać z oferty innych stacji, sprzedających benzynę uniwersalną. Znacząca część badanych (24%) stwierdziła, że dolewanie dodatku do baku stanowi dla nich dodatkowy kłopot. Powyższe dane wskazują, że istniała znacząca grupa, która dolewanie we własnym zakresie dodatku potasowego do baku samochodu postrzegала jako uciążliwość i była zdecydowana szukać benzyny uniwersalnej na innych stacjach. Powyższe przesądza w sposób jednoznaczny o fakcie, iż przedmiotowe porozumienie nie spełnia ani pierwszego, ani drugiego warunku wyłączenia.

Oczywiste jest również, że porozumienie będące przedmiotem niniejszej decyzji nie spełnia trzeciego warunku wyłączenia, nakładając na przedsiębiorców ograniczenia, które nie są niezbędne do osiągnięcia celu, jakim jest wprowadzenie na rynek

²¹ Dz. Urz. WE C 101 z 27 kwietnia 2004 r., str. 97 - 118

nowoczesnego produktu. Nawet bowiem przy założeniu, że zastąpienie benzyny uniwersalnej benzyną bezołowiową uzupełnianą o aplikowany we własnym zakresie dodatek potasowy prowadziłyby do postępu ekonomicznego (z jaką to sytuacją nie mamy do czynienia), nie istnieje żaden powód, dla którego działania związane z wycofywaniem produktu w końcowej fazie życia (benzyny uniwersalnej) miałyby być podejmowane **wspólnie** przez jego producentów, będących konkurentami na rynku. Jeśli nowy produkt przynosi konsumentom większe korzyści niż produkt starszy, wprowadzenie go na rynek nie wymaga podejmowania uzgodnień co do wycofania z rynku produktu gorszego, ponieważ konsumenci, kierując się własną korzyścią, będą wybierać, jako bardziej pożądaną, produkt nowy. Koordynacja działań znajduje logiczne uzasadnienie dopiero wówczas, gdy przynajmniej znaczna część konsumentów preferuje produkt starszy w stosunku do nowego. Uzasadnieniem takim jest dążenie do odebrania konsumentom o powyższych preferencjach możliwości wyboru i zmuszenia ich do konsumpcji produktu nowego. Taki też cel, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, przyświecał uczestnikom przedmiotowego porozumienia. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż uzgodnienia dotyczące wspólnego wycofania benzyny uniwersalnej nie tylko nie były niezbędne dla zapewnienia konsumentom jakichkolwiek korzyści, lecz były nieodzownym elementem strategii zmierzającej do zmuszenia konsumentów do korzystania z określonych produktów lub też określonej formy ich dystrybucji.

Nie ulega również wątpliwości, iż porozumienie PKN ORLEN oraz Grupy LOTOS, gdyby zostało wprowadzone w życie, doprowadziłyby do niemal całkowitego wyeliminowania konkurencji w zakresie produkcji benzyny uniwersalnej, o czym świadczy fakt, iż strony niniejszego postępowania były największymi producentami benzyny uniwersalnej i bezołowiowej w Polsce, przy niewielkim lub nieistniejącym imporcie.

W świetle faktu, iż porozumienie zawarte przez PKN ORLEN i Grupę LOTOS nie spełnia żadnego z przewidzianych w art. 7 ust. 1 ustawy antymonopolowej kryteriów wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, twierdzenia strony, jakoby zasługiwało ono na takie wyłączenie, należy uznać za bezpodstawne.

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. 5 w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i 7 Ustawy.

Ustawa antymonopolowa wprowadziła zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W przypadku stwierdzenia

naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk, o którym mowa w art. 5 lub 8 Ustawy, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną.

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, jak i prewencyjną (dyscyplinującą). Przepis art. 104 ustawy antymonopolowej obliguje 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.

Wysokość nałożonej kary powinna spełniać funkcję prewencyjną, tj. zapobiegać w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy, a także represyjną, tj. stanowić reperkusje za jej naruszenie.

W ocenie organu antymonopolowego na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. 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 osiągnąć²².

Nakładając karę pieniężną określoną w art. 101 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, Prezes UOKiK wziął pod uwagę wymóg spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w tym przepisie naruszenie dokonane było choćby nieумыślnie.

W postępowaniu niniejszym za udowodnione należy uznać, iż doszło do zawarcia przez PKN ORLEN i Grupę LOTOS porozumienia na krajowym rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej polegającego na ustaleniu jednoczesnego zakończenia produkcji i dystrybucji U95 i wyeliminowaniu w ten sposób konkurencji na ww. rynku oraz wyłączeniu ryzyka przejęcia rynku przez konkurenta. Przedsiębiorcy ci dopuścili się zatem naruszenia zakazu, o których mowa w art. 5 ustawy antymonopolowej, który nie został wyłączony na podstawie art. 6 i 7 ww. ustawy.

Zdaniem Prezesa UOKiK okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności charakter i uciążliwość stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję, w pełni uzasadniają nałożenie kar pieniężnych na przedsiębiorców będących uczestnikami stwierdzonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Dokonując oceny stopnia zawinienia PKN ORLEN i Grupy LOTOS w niniejszej sprawie Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek

²² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98

znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak ww. podmioty. Biorąc pod uwagę fakt, iż podmioty te działają na dużą skalę (świadczą o tym uzyskiwane przez nie przychody), jak również fakt, iż działają na rynku od wielu lat (dysponują zatem odpowiednim doświadczeniem) powinny one przewidzieć, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 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 umożliwi im łatwiejsze rozpoznanie, czy ich zachowanie stanowi naruszenie prawa konkurencji, powodując określone skutki na rynku. W sposób szczególny powyższe uwagi odnoszą się do PKN ORLEN, który był już stroną postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK.

PKN ORLEN i Grupa LOTOS musiały wiedzieć, iż działania zakwestionowane w niniejszej decyzji powinny zostać uznane za naruszenie art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej. Zawarte przez ww. przedsiębiorców porozumienie ewidentnie miało na celu wyeliminowanie konkurencji na rynku sprzedaży benzyny uniwersalnej.

Podkreślić należy, iż orzeczony wymiar kary dla PKN ORLEN w wysokości stosunkowo wyższej (procentowo wobec możliwej kary maksymalnej) niż dla drugiego z uczestników porozumienia uzasadniony jest faktem, że przedsiębiorca ten był inicjatorem przedmiotowego porozumienia oraz działał umyślnie. Świadczą o tym chociażby omawiane w niniejszej decyzji dokumenty zgromadzone w trakcie kontroli biur spółki, takie jak: wyciąg z protokołu Zarządu z dnia 25 maja 2004 r., notatki z posiedzeń Zespołu ds. zmiany zasad dystrybucji benzyny Uniwersalnej 95 z dnia: 7 lipca, 11 sierpnia czy 6 października 2004 r.

Przy wymierzaniu kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę w szczególności naturę przedmiotowej praktyki, a także realny potencjał ekonomiczny stron porozumienia. Podkreślić należy, że stwierdzona niniejszą decyzją praktyka ograniczająca konkurencję wywarła wpływ na całe terytorium Polski. W zmwowę zaangażowani byli bowiem dwaj najwięksi producenci i jednocześnie sprzedawcy paliw w Polsce zarówno na szczeblu hurtowym jak i detalicznym.

Na ocenę stopnia uciążliwości porozumienia wpływa także jego długotrwałość – stwierdzona praktyka stosowana była co najmniej od 23 sierpnia do 31 grudnia 2004 r. a zatem przez ponad 4 miesiące. Zarzucana praktyka nie była zatem praktyką długotrwałą, co zostało uwzględnione przy ustaleniu wysokości kary.

Wymierzając karę organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że porozumieniem dotknięci zostali konsumenci posiadający auta starszej generacji zmuszeni do nabywania dwóch produktów w miejsce jednego i mieszania ich w baku samochodu w celu otrzymania benzyny o właściwościach U95 oraz przedsiębiorcy zaopatrujący się dotychczas w benzynę uniwersalną na szczeblu hurtowym w PKN ORLEN lub Grupie LOTOS. Praktyka ta godzi zatem w interes szerokiego kręgu podmiotów, która

to okoliczność powinna zostać uwzględniona przy określaniu wysokości kary dla stron postępowania.

W opinii Prezesa Urzędu kara pieniężna nakładana na przedsiębiorcę, w związku z naruszeniem zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, ze swej istoty powinna być dla tego przedsiębiorcy dotkliwa, gdyż tylko w ten sposób możliwe jest osiągnięcie celów polityki karania. Ustalenie kwoty bazowej kary następuje w oparciu o powagę zarzucanego antykonkurencyjnego czynu, w niniejszej sprawie zakwalifikowanego jako poważne naruszenie prawa konkurencji. Jednakże jak wynika z dotychczasowej polityki orzeczniczej Prezesa UOKiK, całokształt okoliczności odnoszących się do samego sprawcy może wpłynąć na podwyższenie bądź też obniżenie kary. Z uwagi na powyższe, organ antymonopolowy ustalając wysokość kary dla stron niniejszego postępowania wziął pod uwagę szereg okoliczności mających wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary.

Ważąc wysokość nakładanych kar pieniężnych, Prezes UOKiK uwzględnił zatem nie tylko charakter praktyki ograniczającej konkurencję, ale również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu każdego z przedsiębiorców.

Okolicznością obciążającą w stosunku do PKN ORLEN jest umyślność działania oraz fakt, iż podmiot ten był bez wątpienia inicjatorem porozumienia, w pełni świadomym jego antykonkurencyjnego celu – w zamierzeniu Spółki jednoczesne wycofanie U95 z rynku przez dwóch największych graczy miało **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 30 załącznika nr 1 do decyzji]**. Jako okoliczność łagodzącą w stosunku do PKN ORLEN uwzględniono natomiast aktywną współpracę z Urzędem w trakcie toczącego się postępowania, w tym dostarczanie dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy oraz zaprzestanie praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Za okoliczność obciążającą w stosunku do Grupy LOTOS uznano umyślność działania. Jak opisano w części ustalającej niniejszej decyzji kilka dni po spotkaniu przedstawicieli obu spółek, na którym Grupa LOTOS uzyskała informację o zamiarze PKN ORLEN zaprzestania produkcji i dystrybucji benzyny uniwersalnej z dniem 31 grudnia 2004 r., Dyrektor ds. Handlu Spółki wezwał wybranych pracowników Grupy LOTOS do przygotowania stanowiska na temat wycofania przez spółkę U95 „w tym samym okresie” co PKN ORLEN. Nadmienić należy, że to właśnie Dyrektor ds. Handlu (jednocześnie Wiceprezes Zarządu) Grupy LOTOS był osobą, która wedle wyjaśnień Spółki zadecydowała o zaprzestaniu produkcji i sprzedaży U95. W świetle powyższego stwierdzić należy, że Grupa LOTOS świadomie zdecydowała o wycofaniu benzyny uniwersalnej z rynku po uzgodnieniu tego z PKN ORLEN i w tym samym terminie co konkurent. Jednocześnie Prezes UOKiK określając wysokość kary dla Grupy LOTOS uwzględnił następujące okoliczności łagodzące: aktywną współpracę z Urzędem w trakcie toczącego się postępowania, w tym dostarczanie dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, zaprzestanie praktyki przed

wszczęciem postępowania antymonopolowego oraz bierną rolę przedsiębiorcy w stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes UOKiK uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy antymonopolowej oraz wskazane wyżej okoliczności łagodzące i obciążające przesądzają o zasadności ustalenia wysokości kar pieniężnych na poziomie:

I. w odniesieniu do PKN ORLEN: 4.500.000 zł (słownie: cztery miliony pięćset tysięcy złotych). Stosownie do przekazanych przez spółkę informacji, jej przychody ogółem w 2006 r. wyniosły 33.991.098.703,70 zł. Nałożona kara pieniężna stanowi więc 0,01% uzyskanego przychodu i 0,13% maksymalnej kary jaką Prezes UOKiK mógłby nałożyć na tę spółkę, zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej;

II. w odniesieniu do Grupy LOTOS: 1.000.000 zł (słownie: jeden milion złotych). Stosownie do przekazanych przez spółkę informacji, jej przychody ze sprzedaży w 2006 r. wyniosły 11.629.821.000,00 zł. Nałożona kara pieniężna stanowi więc 0,01% uzyskanego przychodu i 0,09% maksymalnej kary jaką Prezes UOKiK mógłby nałożyć na tę spółkę zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej.

Nakładając kary w ustalonych wyżej wysokościach, Prezes UOKiK wyszedł z założenia, iż powinny one mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny. Nałożone kary pieniężne powinny przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez PKN ORLEN i Grupę LOTOS reguł konkurencji. Aby skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości takich niekorzystnych zjawisk, muszą być ostrzeżeniem odczuwalnym.

Wobec powyższego kary pieniężne w niniejszej sprawie powinny być na tyle dolegliwe, by uczestnicy stwierdzonego niniejszą decyzją porozumienia odczuli je w sposób wymierny. Kary w ustalonych wysokościach będą miały wobec stron taki właśnie wymiar.

Jednocześnie stwierdzić należy, że nałożone kary nie są surowe i stanowią zaledwie ułamek procenta przychodów stron i możliwej kary maksymalnej. Ustalając kary pieniężne na tak niskim poziomie organ antymonopolowy wziął pod uwagę, iż praktyka mimo jej niewątpliwie antykonkurencyjnego celu nie wywołała na rynku właściwym skutków zamierzonych przez strony porozumienia. O ile zatem wspomniany antykonkurencyjny cel porozumienia był powodem wszczęcia postępowaniami antymonopolowego i wydania decyzji na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 Ustawy, o tyle istotną rolę przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych dla PKN ORLEN i Grupy LOTOS odegrał fakt, iż zarzucana stronom porozumienia praktyka nie zaistniała na rynku co do zamierzonego skutku.

W świetle wszystkich wskazanych wyżej okoliczności, nałożenie przedmiotowych kar, jak i ich wysokość, jest w pełni uzasadniona.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 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* 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.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

Otrzymują:

- Pan Marek Tadeusiak – pełnomocnik PKN ORLEN S.A.
Kancelaria Adwokacka Prawa Konkurencji
ul. Żurawia 7/9
91-455 Łódź

- Pan Jacek Domański – pełnomocnik Grupy LOTOS S.A.
Kancelaria Prawna Domański i Wspólnicy Spółka Komandytowa
ul. Elbląska 135
80-718 Gdańsk

- a/a.