



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

Bydgoszcz, dnia 28 grudnia 2020 r.

RBG.410.502.16.BS

[WERSJA JAWNA - NIE ZAWIERA TAJEMNIC PRZEDSIĘBIORSTWA]

Decyzja nr RBG-14/2020

Stosownie do art. 33 i art. 34 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 ze zm.)

- I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez
 - POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy oraz
 - AGRO-NETZWERK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Chańsieporozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła polegającego na podziale tego rynku.
- II. Na podstawie art. 113b ww. o ochronie konkurencji i konsumentów odstępuje się od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy na AGRO-NETZWERK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Chańsie z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nakłada się karę pieniężną z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 3 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości 2 538 706,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset trzydzieści osiem tysięcy siedemset sześć złotych 00/100) na POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy.
- IV. Na podstawie art. 77 ust 1 w zw. z art. 80 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciąża się kosztami niniejszego postępowania w wysokości
 - 1) 231 zł (słownie: dwieście trzydzieści jeden złotych) - POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy,
 - 2) 231 zł (słownie: dwieście trzydzieści jeden złotych) - AGRO-NETZWERK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Chańsie.



Uzasadnienie

- (1) Postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również jako: **Prezes Urzędu, organ antymonopolowy**) postępowania wyjaśniającego mającego na celu wstępne ustalenie, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży pasz przemysłowych dla zwierząt hodowlanych, naruszają przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 ze zm., dalej również jako: **u.o.k.k. lub ustawa lub ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów**), uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. sprawy: RBG-400-03/16/BS/JM).
- (2) Pozyskane w ramach postępowania wyjaśniającego informacje skłoniły Prezesa Urzędu do przeprowadzenia przeszukania u przedsiębiorcy POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (dalej również jako: **POLMASS**) oraz przeszukania u przedsiębiorcy AGRO-NETZWERK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Chańnie (dalej również jako: **AGRO-NETZWERK**), w trakcie których zgromadzono materiał dowodowy w postaci dokumentów (m.in. umów handlowych, zestawień sprzedażowych oraz korespondencji e-mail).
- (3) W związku z ustaleniami dokonany w postępowaniu wyjaśniającym, Prezes Urzędu w dniu 23 grudnia 2016 r. postanowieniem Nr RBG-87/2016 wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy i AGRO-NETZWERK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie: z siedzibą w Chańnie) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła, polegającego na podziale tego rynku, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (4) Strony postępowania zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania antymonopolowego i poinformowane o możliwości odniesienia się do postawionych zarzutów.
- (5) W ramach postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK przeprowadził badanie rynku, w ramach którego wezwał przedsiębiorców prowadzących na terenie Polski działalność gospodarczą w zakresie produkcji lub obrotu paszami do przedstawienia danych o prowadzonej działalności gospodarczej w szczególności w zakresie obrotu preparatami mlekozastępczymi dla bydła (dalej również jako: **PMZ**).
- (6) Strony - POLMASS oraz AGRO-NETZWERK w toku postępowania przedstawiały swoje stanowiska w przedmiocie stawianego zarzutu, jak również czynności podejmowanych przez Prezesa UOKiK w toku postępowania antymonopolowego. W tym zakresie POLMASS przedstawiała swoje stanowiska m. in. w piśmie z dnia 24 lutego 2017 r. (k. 216-239), zawierającym jednocześnie wniosek o wydanie decyzji

zobowiązującej oraz w piśmie z dnia 12 lutego 2018 r. (k. 1099-1104). AGRO-NETZWERK przedstawiła natomiast swoje stanowisko m.in. w piśmie: z dnia 10 marca 2017 r. (k. 259-340).

- (7) Pismem z dnia 19 maja 2017 r. Prezes Urzędu poinformował POLMASS, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do wydania decyzji w oparciu o art. 12 ustawy.
- (8) W dniu 23 marca 2017 r, w toku postępowania antymonopolowego, AGRO-NETZWERK na podstawie art. 113a ust. 1 u.o.k.k. złożył osobiście w siedzibie Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy skrócony wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej, a także - na wypadek nieuwzględnienia ww. wniosku, na podstawie art. 113c § 1 u.o.k.k., wniosek o obniżenie kary pieniężnej. Następnie, po dalszym uzupełnieniu ww. wniosku przez AGRO-NETZWERK w piśmie z dnia 8 czerwca 2017 r., Prezes Urzędu, pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. zawiadomił ww. przedsiębiorcę, że złożony wniosek może spełniać warunki określone w art. 113a-113c ustawy.
- (9) W piśmie z dnia 19 listopada 2020 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania Szczegółowe uzasadnienie zarzutów (dalej również jako: „SUZ”) (k. 1210-1224). Prezes Urzędu wskazał, że planuje wydać decyzję stwierdzającą zawarcie przez POLMASS oraz AGRO-NETZWERK porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz nałożyć kare pieniężną na POLMASS. Strony postępowania zostały poinformowane w SUZ o możliwości odniesienia się do przedstawionych w nim twierdzeń i zamierzeń Prezesa Urzędu.
- (10) W odpowiedzi na pismo Prezesa UOKiK - Szczegółowe uzasadnienie zarzutów-POLMASS przedstawiła swoje stanowisko w piśmie z dnia 4 grudnia 2020 r. (k. 1369-1424).
- (11) W dniu 7 grudnia 2020 r. Prezes UOKiK zakończył zbieranie materiału dowodowego w niniejszej sprawie i wezwał strony postępowania do ustosunkowania się do całości zgromadzonego materiału w sprawie.
- (12) Strony zapoznały się z materiałem dowodowym zgromadzonym w toku postępowania antymonopolowego (AGRO-NETZWERK w dniu 17 grudnia 2020 r., natomiast POLMASS w dniu 15 grudnia 2020 r.).
- (13) POLMASS przedstawiła swoje stanowisko w sprawie w piśmie z dnia 16 grudnia 2020 r.
- (14) AGRO-NETZWERK nie przedstawiła z kolei swojego stanowiska.

Ustalenia faktyczne

1. Strony postępowania
- 1.1. POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy

- (15) POLMASS jest spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000135920. Do przedmiotu działalności ww. podmiotu należy m.in. produkcja gotowej paszy dla zwierząt gospodarskich oraz sprzedaż hurtowa zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt.
- (16) POLMASS jest producentem oraz sprzedawcą pasz przemysłowych dla zwierząt hodowlanych, w tym przede wszystkim preparatów mlekozastępczych dla bydła¹. Ponadto, w skład oferty handlowej POLMASS wchodzi mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła i koncentraty dla bydła, biologiczne dodatki do zakiszania i konserwacji pasz objętościowych, probiotyki oraz immunoglobuliny w postaci suszonej siary w paście i proszku dla młodych zwierząt.

(17)

[tajemnica przedsiębiorstwa POLMASS (1)]

- (18) POLMASS prowadzi swoje działania sprzedażowe na terenie kraju w wyodrębnionych przez siebie regionach sprzedażowych. Działania prowadzone na każdym z ww. regionów nadzorują kierownicy regionów. Do obsługi każdego z regionów przydzieleni są doradcy żywieniowi (przedstawiciele handlowi).
- (19) Pracę przedstawicieli handlowych oraz kierowników regionów w momencie wszczęcia postępowania antymonopolowego oraz w czasie trwania zarzucanej praktyki

[tajemnica przedsiębiorstwa POLMASS

(2)]

- (20) Dystrybucja krajowa w tamtym czasie odbywała się głównie za pośrednictwem dwóch kanałów:

b)

przedsiębiorstwa POLMASS (3)]

[tajemnica

- (21) POLMASS w kanale produkcji PMZ na zlecenie współpracuje ze stosunkowo stałą grupą kontrahentów (w tym, w okresie trwania zarzucanej praktyki, również z AGRO-NETZWERK). POLMASS produkował w 2017 r. preparaty mlekozastępcze dla

¹Marki produktów: *Polmass Milk Red Full, Polmass Milk Red Power, Polmass Milk, Mlekowit, Primolac, Vitalac, Vitalac z siemieniem lnianym, Ekolac.*

[tajemnica przedsiębiorstwa POLMASS (4)]

Dowody:

- Notatka z dnia 18 kwietnia 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) Zbigniewa Kotłęgi w toku przeszukania POLMASS (k. 44-46).
- Notatka z dnia 18 kwietnia 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) Andrzeja Majewskiego w toku przeszukania POLMASS (k. 48-51).
- Notatka z dnia 18 kwietnia 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) Marcina Stasiaka w toku przeszukania POLMASS (k. 53-54).
- Protokół z dnia 3 lipca 2017 r. z rozprawy administracyjnej - zeznania świadka Karola Mieczkowskiego (k. 758).
- Protokół z dnia 3 lipca 2017 r. z rozprawy administracyjnej - zeznania świadka Artura Balcerowiaka (k. 761).
- Pismo POLMASS z dnia 31 października 2017 r. (k. 834).

1.2. AGRO-NETZWERK POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Chańnie

- (22) AGRO-NETZWERK jest spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000331764. Do przedmiotu działalności ww. podmiotu należy m.in. produkcja gotowej paszy dla zwierząt gospodarskich oraz sprzedaż hurtowa zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt.
- (23) AGRO-NETZWERK prowadzi na rynku krajowym obrót środkami żywienia zwierząt, w tym preparatami mlekozastępczymi dla bydła. W przeszłości, w tym w czasie trwania współpracy z POLMASS, oferowane przez AGRO-NETZWERK preparaty mlekozastępcze dla bydła nie były przez ten podmiot produkowane. Ww. spółka była do lipca 2016 r. powiązana z innym dystrybutorem produktów paszowych - spółką Polska Grupa Żywniowa NEOPASZ sp. z o.o. z/s w Dynowie (ówczesny prokurent AGRO-NETZWERK - Piotr Banaszak był jej współnikiem). W tamtym czasie

[tajemnica przedsiębiorstwa

AGRO-NETZWERK (1)].

(24)

[tajemnica przedsiębiorstwa AGRO-NETZWERK (2)]

- (25) Prezesem zarządu AGRO-NETZWERK była do dnia 15 lutego 2017 r. Anna Stefanowska, jednak

[tajemnica przedsiębiorstwa AGRO-NETZWERK (3)] Na podstawie pozyskanego w toku przeszukania POLMASS

zestawienia produktów wytwarzanych przez tego producenta pod obcą marką zawartego w *Cenniku Polmass - Klienci instytucjonalni ceny loco Polmass* z 19 stycznia 2016 r. ustalono, iż POLMASS, do momentu zakończenia współpracy (po wszczęciu przez Prezesa Urzędu postępowania antymonopolowego) produkowała dla AGRO-NETZWERK preparaty mlekozastępcze o nazwach:

- *Flex Milch,*
- *Milk of Milk Len,*
- *Milk Len,*
- *Milk IMMupro,*
- *Milk of Milk Premium,*
- *Natur Milk.*

- (26) AGRO-NETZWERK w czasie trwania współpracy z POMASS przysługiwało prawo do słownego znaku towarowego „MILK OF MILK” (data ogłoszenia: 26 września 2011, data wygaśnięcia: 24 czerwca 2021, numer ochrony w rejestrze Urzędu Patentowego RP R.252617). Preparaty mlekozastępcze linii MAX FUTTER produkowane były z kolei [tajemnica przedsiębiorstwa AGRO-NETZWERK (4)]
- (27) System dystrybucji AGRO-NETZWERK oparty był w czasie trwania zarzucanej praktyki na prokurencie Piotrze Banaszaku oraz przedstawicielach handlowych.

Dowody:

- *Notatka z odbierania wyjaśnień Piotra Banaszaka (k.89-91).*
- *Notatka z odbierania wyjaśnień Anny Stefanowskiej (k. 85-86).*
- *Protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników „AGRO-Netzwerk Polska Sp. z o.o. z dnia 15 lutego 2017 r. (k. 160-161).*
- *wydruk widoku z rejestru Urzędu Patentowego na karcie akt administracyjnych (k. 410).*

2. Produkty

Preparaty mlekozastępcze dla bydła

- (28) Preparaty mlekozastępcze dla bydła stanowią specyficzne i specjalistyczne produkty używane przez hodowców we wczesnej fazie odchowu cieląt. Po pierwszej fazie żywienia cieląt, w którym co do zasady podawane jest im krowie mleko (zalecane jest przez pierwsze 7-10 pierwszych dni życia), hodowca może zdecydować o podawaniu zwierzętom preparatów mlekozastępczych, które zawierają składniki pozwalające na zastąpienie mleka naturalnego.
- (29) Żywienie cieląt przy użyciu preparatów mlekozastępczych jest korzystne dla hodowców, gdyż pozwala ograniczyć koszty żywienia (zwłaszcza przy dużych gospodarstwach) oraz daje większą kontrolę nad składnikami, jakie dostarczane są cielętom wraz z preparatem mlekozastępczym. W ramach ofert produktowych w zakresie PMZ, przedsiębiorcy oferują produkty różniące się składem i proporcjami składników, przede wszystkim w zależności od etapu rozwoju zwierząt.

- (30) Jak każda działalność polegająca na produkowaniu i/lub wprowadzaniu do obrotu pasz, produkcja preparatów mlekozastępczych dla bydła podlega konieczności rejestracji lub zatwierdzenia przez właściwego terytorialnie powiatowego lekarza weterynarii².
- (31) Podmiot działający na rynku pasz, wykonujący działalność bez wymaganej rejestracji lub zatwierdzenia albo bez uprzedniego zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia tej działalności u powiatowego lekarza weterynarii, podlega karze grzywny na podstawie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia³. Wykaz wszystkich podmiotów sektora paszowego, w tym także producentów preparatów mlekozastępczych, jest aktualizowany na bieżąco i dostępny na stronie internetowej, administrowanej przez Główny Inspektorat Weterynarii.
- (32) Opakowania, w których sprzedawane są preparaty mlekozastępcze muszą być ponadto, zgodnie z obowiązującym prawem, każdorazowo oznaczone weterynaryjnym numerem identyfikacyjnym (alfa).
- (33) Nie jest natomiast wymagane wskazywanie nazwy, ani innych danych identyfikujących producenta⁴. Wynika to z tego, iż preparat mlekozastępczy produkowany przez przedsiębiorcę X a sprzedawany pod marką i z etykietą przedsiębiorcy Y musi być oznaczony numerem alfa tego pierwszego (tak jak w przypadku wszystkich pasz dystrybuowanych na polskim rynku, jak również na rynku wspólnotowym).
- (34) W zakresie produkcji i wprowadzania na rynek preparatów mlekozastępczych dla bydła obowiązują te same wymogi prawne, co w przypadku produkcji i wprowadzania na rynek pozostałych rodzajów pasz.

3. Rynek preparatów mlekozastępczych dla bydła

- (35) Na rynku preparatów mlekozastępczych dla bydła wyróżnić można kilka szczebli obrotu.
- (36) Jako pierwszy wyodrębnić można szczebel, na którym przedsiębiorcy produkują i sprzedają (lub jedynie sprzedają) PMZ na rzecz podmiotów, które następnie wprowadzają je do obrotu pod swoją marką (**szczebel usług produkcyjnych**). Ww. usługi realizują w szczególności podmioty dysponujące znacznymi mocami produkcyjnymi pozwalającymi na realizowanie dużych zamówień w oparciu o różne specyfikacje ustalane z kontrahentami.
- (37) W wyniku takiej współpracy przedsiębiorcy paszowi uzupełniają swoją ofertę o nowe produkty i stają się - na następnym szczeblu obrotu - konkurentami względem swoich dostawców, którzy również najczęściej wprowadzają do obrotu

² Art. 11 Rozporządzenia (WE) nr 1831/2005 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 stycznia 2005 r. ustanawiające wymagania dotyczące higieny pasz (Dz. Urz. UE. L 2005 Nr 35).

³ Art. 53 pkt 14 ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o paszach (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 269).

⁴ § 3 Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie oznakowania pasz z dnia 1 lipca 2005 r. (Dz.U. Nr 133, poz. 1123, ze zm.).

pod swoją marką pasze danego rodzaju (zwłaszcza preparaty mlekozastępcze, których wytworzenie jest relatywnie skomplikowane).

- (38) Zwykle, w przypadku takiego rodzaju współpracy przedsiębiorców producent zobowiązuje się do wyprodukowania danego preparatu paszowego według uzgodnionej między stronami receptury. Niejednokrotnie umowa zobowiązuje zbywcę (producenta) do umieszczenia produktów paszowych w opakowaniach dostarczanych przez nabywcę i opatrzonych jego znakiem towarowym. Nabywca z kolei zobowiązuje się do zapłaty określonej ceny i w ten sposób nabywa produkt, który staje się częścią jego oferty i oznaczany jest za pomocą jego logo.
- (39) Na opisywanym szczeblu rynku funkcjonują także podmioty, które nie będąc producentem danych produktów paszowych zajmują się ich zakupem od producentów oraz jego dalszą odsprzedażą do podmiotów, które następnie je sprzedają (wprowadzają do obrotu) pod swoją marką m.in. do gospodarstw rolnych, punktów dealerskich, sklepów rolniczych itd.
- (40) Następnym szczeblem to szczebel sprzedaży preparatów mlekozastępczych (wprowadzania do obrotu) - niezależnie od tego, czy sprzedawca jest ich producentem. Szczebel ten obejmuje sprzedaż PMZ do odbiorców (gospodarstw rolnych), czy też do innych podmiotów, takich jak sklepy z artykułami rolnymi, punkty dealerskie lub mleczarnie, które dystrybuują pasze wśród hodowców bydła. Na tym szczeblu sprzedaż realizują zarówno przedsiębiorcy sprzedający we własnych opakowaniach produkty, które sami wyprodukowali, jak również te podmioty, które sprzedają pod swoją marką produkty wytworzone na ich zlecenie przez innych przedsiębiorców paszowych lub nabyte od innych przedsiębiorców (działających na ww. rynku usług produkcyjnych) w celu ich odsprzedaży we własnych opakowaniach. Istotną specyfiką niniejszego szczebla jest fakt, że działające na nim podmioty wprowadzają do obrotu produkty opatrzone swoim logo (nie prowadzą sprzedaży produktów opatrzonych logo innych producentów).
- (41) Najniższym szczeblem obrotu jest szczebel detalicznej sprzedaży preparatów mlekozastępczych, obejmujący odsprzedaż w skali detalicznej produktów wprowadzonych do obrotu w ramach ww. rynku sprzedaży PMZ. Sprzedaż na tym szczeblu prowadzą głównie sklepy rolne i inne punkty sprzedaży detalicznej, w których zaopatrują się końcowi odbiorcy detaliczni (np. niewielkie gospodarstwa). Szczebel ten, ze względu na niewielkie znaczenie w stosunku do szczebli wyższych oraz charakter działalności stron niniejszego postępowania pozostaje poza zainteresowaniem organu antymonopolowego.
- (42) Mając na względzie przedstawioną strukturę szczebli obrotu preparatami mlekozastępczymi należy zauważyć, że występują sytuacje, w których podmioty, które współpracując ze sobą na wyższym szczeblu obrotu (w zakresie usług produkcyjnych) są dla siebie na tym rynku kontrahentami (dostawca-odbiorca) natomiast na szczeblu niższym (rynek wprowadzania do obrotu) oferując odbiorcom produkty podobnego rodzaju działają jako konkurenci. Przykładowo, niezależnie od tego, że w relacjach handlowych „dostawca-odbiorca” jedna ze spółek sprzedaje drugiej preparaty mlekozastępcze (sam produkt - bez opakowania), spółki mogą

być również konkurentami na niższym szczeblu obrotu, jeśli każda z nich sprzedaje na nim preparaty mlekozastępcze odbiorcom.

- (43) Zgodnie z ustaleniami dokonany na podstawie przeprowadzonego badania rynkowego, na obszarze Polski w 2016 roku funkcjonowało 13 podmiotów produkujących preparaty mlekozastępcze dla bydła. Na rynku sprzedaży (wprowadzania do obrotu) PMZ na obszarze Polski funkcjonowało natomiast 43 przedsiębiorców.
- (44) Wskazać przy tym należy, że różnice w liczbie producentów i sprzedawców PMZ w szczególności wynikają z faktu, że część przedsiębiorców wprowadzających na rynek preparaty mlekozastępcze opatrzone ich znakiem towarowym, zleca produkcję innym podmiotom lub odkupuje od innych podmiotów, nieprowadzących samodzielnie produkcji, preparaty w celu ich sprzedaży pod swoją marką.

Tabela nr 1. Produkcja i sprzedaż (wprowadzanie do obrotu) na obszarze Polski PMZ w 2016 r.

	Liczba podmiotów	Wielkość produkcji/sprzedaży PMZ (t)
Produkcja PMZ	13	28232,16
Usługi produkcyjne PMZ	17	10811,50
Sprzedaż (wprowadzanie do obrotu) PMZ	43	32922,68

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych pozyskanych w ramach przeprowadzonego badania rynku.

4. Udziały stron postępowania na różnych szczeblach rynkowych

- (45) W wyniku przeprowadzonego badania produkcji oraz sprzedaży w Polsce preparatów mlekozastępczych dla bydła określono udziały poszczególnych przedsiębiorców w krajowej produkcji oraz sprzedaży przedmiotowych produktów.
- (46) W celu rzetelnego oszacowania poszczególnych udziałów przedsiębiorców wyodrębniono przede wszystkim 3 kategorie danych w odniesieniu do preparatów mlekozastępczych dla bydła w 2015 i 2016 roku:
- wielkości krajowej produkcji,
 - wielkości krajowych usług produkcyjnych⁵,
 - wielkości krajowej sprzedaży (wprowadzania do obrotu)⁶.

⁵ Usługi produkcyjne należy rozumieć jako sprzedaż określonego rodzaju pasz przemysłowych w opakowaniach nieopatrzonych znakiem towarowym stanowiącym własność przedsiębiorcy do klientów, którzy następnie dokonują sprzedaży tych produktów pod ich własną marką (znakiem towarowym).

⁶ należy rozumieć jako sprzedaż poszczególnych pasz przemysłowych dokonywaną przez przedsiębiorcę w ramach swojego systemu dystrybucji pod znakiem towarowym stanowiącym własność tego przedsiębiorcy.

4.1. Produkcja preparatów mlekozastępczych dla bydła

- (47) Struktura krajowej produkcji preparatów mlekozastępczych dla bydła przedstawiona została w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o największej produkcji wg ilości wyprodukowanych PMZ).

Tab. 2

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej produkcji PMZ w 2015 (%)	Udział w krajowej produkcji PMZ w 2016 (%)
1.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	34,50	32,48
2.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	18,26	20,52
3.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	17,64	18,14
4.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	13,71	13,07
5.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	9,43	9,20
6.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,70	2,00
7.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,66	1,52
8.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,62	1,44

Źródło: opracowanie własne UOKiK na podstawie danych pozyskanych w ramach przeprowadzonego badania rynku.

4.2. Usługi produkcyjne preparatów mlekozastępczych dla bydła

- (48) Strukturę krajowych usług produkcyjnych PMZ dla bydła w Polsce zrealizowanych przez badanych przedsiębiorców przedstawiono w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o najsilniejszej pozycji wg ilości PMZ objętych usługami produkcyjnymi zrealizowanymi przez poszczególne podmioty).

Tab. 3

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowych usługach produkcyjnych PMZ w 2015 r. (%)	Udział w krajowych usługach produkcyjnych PMZ w 2016 r. (%)
1.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	43,87	46,39
2.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	22,58	22,98
3.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	19,07	15,83
4.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	7,30	7,12
5.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	3,57	3,86

Źródło: opracowanie własne UOKiK na podstawie danych pozyskanych w ramach przeprowadzonego badania rynku.

4.3. Sprzedaż preparatów mlekozastępczych dla bydła

(49) Strukturę szczebla obejmującego krajową sprzedaż (wprowadzanie do obrotu) PMZ dla bydła zrealizowaną przez badanych przedsiębiorców przedstawiono w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o największej sprzedaży - wg ilości PMZ).

Rok 2015

Tab. 4

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej sprzedaży (wprowadzaniu do obrotu) PMZ w 2015 r. (%)
1.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	15,78
2.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	14,44
3.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	13,73
4.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	13,37
5.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	12,49

6.	Mazowieckim [tajemnica przedsiębiorstwa]	9,33
7.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	3,39
8.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,76
9.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,44
10.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,43
11.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,40
12.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,37
13.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,19
14.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,10
15.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	0,96
16.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	0,76
	Wspólny udział POLMASS i AGRO-NETZWERK	10-20

Źródło: opracowanie własne UOKiK na podstawie danych pozyskanych w ramach przeprowadzonego badania rynku.

Rok 2016

Tab. 5.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej sprzedaży (wprowadzaniu do obrotu) PMZ w 2016 r. (%)
1.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	17,31
2.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	14,27
3.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	13,88
4.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	12,93
5.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	12,44
6.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	8,97
7.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	2,82

8.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,68
9.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,61
10.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,28
11.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,24
12.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,22
13.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	1,16
14.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	0,92
15.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	0,90
16.	[tajemnica przedsiębiorstwa]	0,74
	Wspólny udział POLMASS i AGRO-NETZWERK	10-20

Źródło: opracowanie własne UOKiK na podstawie danych pozyskanych w ramach przeprowadzonego badania rynku.

5. Współpraca POLMASS i EKOPLON

- (50) Współpraca obu spółek polegała na produkowaniu przez POLMASS na zlecenie AGRO-NETZWERK preparatów mlekozastępczych dla bydła. Obie spółki rozpoczęły współpracę w lipcu 2010 roku kiedy to zostało zrealizowane przez POLMASS pierwsze zamówienie zgłoszone przez AGRO-NETZWERK.
- (51) W ramach współpracy produkcja PMZ w zakładzie POLMASS odbywała się według receptury dostarczonej przez AGRO-NETZWERK, która była odmienna od składu preparatów sprzedawanych pod marką POLMASS. Wytworzona pasza (PMZ) pakowana była przez POLMASS w worki oznaczone logo AGRO-NETZWERK. Gotowe produkty wprowadzane były do obrotu przez AGRO-NETZWERK w ramach własnej sieci dystrybucyjnej.
- (52) Oba podmioty posiadały oraz nadal posiadają odrębne systemy dystrybucji swoich produktów i punkty dilerskie.

Dowody:

- Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 8 czerwca 2017 r. pn. „Uzupełnienie wniosku skróconego” - k. 1165-1172;
- Lista faktur VAT z 2010 r. na zakupy od POLMASS - k. 1188-1191.

- *Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 23 marca 2017 r. pn. „Wniosek skrócony o odstąpienie od wymierzania kary pieniężnej” - k. 1157-1159.*
- *Notatka z odbierania wyjaśnień Anny Stefanowskiej - k. 86.*
- *Notatka z odbierania wyjaśnień Piotra Banaszaka - k. 90 - 91.*

(53) AGRO-NETZWERK w czasie trwania porozumienia nie produkowała we własnym zakładzie preparatów mlekozastępczych z uwagi na fakt, że nie posiadała w tamtym czasie odpowiednich linii produkcyjnych. Jednakże, wiedza Piotra Banaszaka, który - zgodnie pozyskanymi dowodami - wcześniej opracował receptury m.in. dla jednej z największych firm paszowych w Polsce - Cargill Poland Sp. z o.o. z/s w Warszawie, a następnie dla AGRO-NETZWERK i od lat związany był z produkcją tego rodzaju paszy, pozwalała na planowanie wytwórstwa w przyszłości. AGRO-NETZWERK rozważała uruchomienie własnej linii produkcyjnej PMZ dla cieląt, prowadząc od ok. dwóch miesięcy produkcję małych testowych partii tego rodzaju paszy. Niemniej jednak, z uwagi na opłacalność współpracy z POLMASS, AGRO-NETZWERK było zainteresowane zleceniem zewnętrznej produkcji preparatów mlekozastępczych według własnej receptury i z tego też względu AGRO-NETZWERK utrzymywał współpracę z POLMASS jako największym producentem PMZ w Polsce. Motywacją do podjęcia współpracy handlowej było dążenie do wejścia na rynek, wypromowanie marek własnych AGRO-NETZWERK oraz zdobycie odpowiedniego portfolio klientów.

Dowody:

- *Notatka z odbierania wyjaśnień Anny Stefanowskiej - k. 86.*
- *Notatka z odbierania wyjaśnień Piotra Banaszaka - k. 90 - 91.*

(54) Współpraca POLMASS i AGRO-NETZWERK zakończyła się 26 kwietnia 2017 r. co zostało potwierdzone przez Piotra Banaszaka w wiadomości e-mail z tego dnia skierowanej do Zbigniewa Kotłegi, w którym m.in. stwierdził: „*Myślę, że każdy z Nas z osobna musi się zająć własną „walką” ze sprawą UOKiK oraz co nie uchronne konkurencją na rynku PMZ w kraju*”.

Dowody:

- *Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 8 czerwca 2017 r. pn. „Uzupełnienie wniosku skróconego” - k. 1165-1172.*
- *Wiadomość e-mail Piotra Banaszaka z dnia 26 kwietnia 2017 r. - k. 1192-1193.*

6. Porozumienie POLMASS i AGRO-NETZWERK - zobowiązanie do niekonkurowania

6.1. Zawarcie porozumienia i czas jego trwania

(55) Wraz z zawiązaniem współpracy, POLMASS oraz AGRO-NETZWERK uzgodniły, iż obie spółki w czasie jej trwania nie będą prowadziły działań konkurencyjnych względem siebie. Przedmiotowe porozumienie zostało zawarte ustnie w 2010 r. podczas jednego ze spotkań Piotra Banaszaka i Zbigniewa Kotłegi. Zgodnie z wyjaśnieniami AGRO-NETZWERK: „*zakres porozumienia (zasada „niekonkurowania”) został uzgodniony w jednym momencie*”. Pierwsze rozmowy dot. zawarcia porozumienia

w sprawie podziału rynku miały miejsce w lipcu 2010 r., co miało bezpośredni związek z rozpoczęciem współpracy przez obie spółki i potrzebą określenia jej przyszłych ram. W tym czasie zostało także zrealizowane przez POLMASS pierwsze zamówienie AGRO-NETZWERK.

Dowody:

- *Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 8 czerwca 2017 r. pn. „Uzupełnienie wniosku skróconego” - k. 1165-1172.*
 - *Lista faktur VAT z 2010 r. na zakupy od POLMASS - k. 1188-1191.*
- (56) Porozumienie, podobnie jak całość współpracy POLMASS i AGRO-NETZWERK zakończyło się 26 kwietnia 2017 r. co zostało potwierdzone przez Piotra Banaszaka w wiadomości e-mail z tego dnia skierowanej do Zbigniewa Kotłegi.

Dowody:

- *Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 8 czerwca 2017 r. pn. „Uzupełnienie wniosku skróconego” - k. 1165-1172.*
- *wiadomość e-mail Piotra Banaszaka z dnia 26 kwietnia 2017 r. - k. 1192-1193.*

6.2. Przedmiot zarzucanego porozumienia POLMASS i AGRO-NETZWERK

- (57) Zgodnie z wyjaśnieniami AGRO-NETZWERK przedstawionymi w piśmie z dnia 23 marca 2017 r. „*W trakcie rzeczonyj współpracy pomiędzy POLMASS S.A. a AGRO-NETZWERK POLSKA sp. z o.o. podjęto porozumienie, które miało na celu ograniczenie konkurencji na krajowym rynku właściwym preparatów mlekozastępczych dla bydła poprzez dokonanie podziału ww. rynku krajowego*”. Zawarte przez AGRO-NETZWERK oraz POLMASS porozumienie polegało na tym, że ww. spółki miały nie dystrybuować preparatów mlekozastępczych dla bydła swojej marki w miejscach, gdzie druga ze stron prowadziła już własną dystrybucję.

Dowód:

- *Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 23 marca 2017 r. pn. „Wniosek skrócony o odstąpienie od wymierzania kary pieniężnej” - k. 1157-1159.*
- (58) Zakres ww. uzgodnienia był następnie potwierdzany podczas bieżącej współpracy obu spółek. Świadczy o tym m.in. wiadomość e-mail z dnia 24 października 2012 r. Zbigniewa Kotłegi do Piotra Banaszaka, w której wskazano:

„Drogi Piotrze,

Dyskutowaliśmy szeroko na zebraniu o relacjach współprac z partnerami włączonymi w kontekście współpracy z Agronetzwerk. Poinformowałem swoich pracowników o nowych następujących uzgodnieniach: 1. Dotychczasowa zasada o wzajemnej lojalności dot. zakazu oferowania i sprzedaży pmz do klientów partnera pozostaje. (...)”

- (59) Zakaz konkurowania został ustalony przez strony w sposób szeroki i obejmował zarówno zakaz podejmowania działań aktywnych, tj. działań zmierzających do pozyskania nowych odbiorców, ale także działań pasywnych dokonywania sprzedaży

do odbiorców drugiego z kontrahentów w przypadku, gdy odbiorcy wyrazili zainteresowanie zakupem danych pasz. Na taki zakres przyjętego porozumienia wskazuje sposób komunikowania przez strony przyjętej zasady. Prezes POLMASS, wskazuje bowiem, iż zabronionym nie jest wyłącznie „oferowanie” produktów drugiej strony, ale także już ich sama „sprzedaż” (niezależnie od kogo propozycja współpracy wychodzi).

- (60) Przedstawiciele POLMASS i AGRO-NETZWERK odbywali z różną częstotliwością spotkania (kilka razy w roku), w których brały udział osoby zarządzające spółkami, jak również osoby zajmujące inne stanowisko (np. Dyrektor zakładu produkcyjnego POLMASS). W trakcie jednego z takich spotkań między AGRO-NETZWERK i POLMASS, do którego doszło 19 listopada 2013 r. ponownie potwierdzono przyjęte zasady porozumienia i zawarto je w dokumencie o nazwie „*Uzgodnienia zawarte między Agronetzwerk (ANW) i Polmass (P) w dniu 19.11.2013 r.*”:

„Uzgodnienia zawarte między Agronetzwerk (ANW) i Polmass (P) w dniu 19.11.2013 r.:

1. Obie firmy ANW i P, deklarują, że nadal nie będą zabiegać o sprzedaż pmz w miejscach, w których jedna z nich już prowadzi sprzedaż pmz (...)”

Dowody:

- *Wiadomość e-mail z dnia 24 października 2012 r. - k. 112.*
- *Uzgodnienia zawarte między Agronetzwerk (ANW) i Polmass (P) w dniu 19.11.2013 r. - k. 121.*

- (61) Powyższe ustalenia potwierdzają również wyjaśnienia AGRO-NETZWERK przedłożone wraz z pismem zawierającym skrócony wniosek tego przedsiębiorcy o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej.

Dowód:

- *Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 23 marca 2017 r. pn. „Wniosek skrócony o odstąpienie od wymierzania kary pieniężnej” - k. 1157-1159.*

6.3. Realizacja porozumienia POLMASS i AGRO-NETZWERK

- (62) W ramach zawartego porozumienia strony wzajemnie obserwowały swoje zachowania w kontekście ewentualnych naruszeń uzgodnień. W przypadku stwierdzenia aktywności sprzedażowych partnera naruszających przyjęte uzgodnienia o niekonkurowaniu, podejmowane były działania polegające na przekazywaniu drugiej stronie upomnień.

- (63) Pierwszy kontakt po zawarciu porozumienia miał miejsce po okresie ok. 1,5 roku jego obowiązywania (w 2012 roku). Przedstawiciele POLMASS oraz AGRO-NETZWERK odbywali również z różną częstotliwością spotkania służące koordynacji porozumienia.

Dowody:

- *Wiadomość elektroniczna Zbigniewa Kotłęgi do Piotra Banaszaka z dnia 22 sierpnia 2012 r. - k. 105.*

- Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 8 czerwca 2017 r. pn. „Uzupełnienie wniosku skróconego” - k. 1165-1172.

(64) W większości przypadków to prezes zarządu POLMASS - Zbigniew Kotłęga podejmował działania dyscyplinujące kontrahenta w związku z otrzymywanymi od przedstawicieli handlowych POLMASS informacjami o wchodzeniu partnera na „nie swój teren” i żądał wyjaśnień w związku z tymi incydentami. W odpowiedzi na upomnienia kierowane przez POLMASS, Piotr Banaszak przedstawiał wyjaśnienia, deklarując wycofanie się jego spółki ze sprzedaży w danej lokalizacji. Jako przykład ww. działań przytoczyć można wiadomość e-mail Zbigniewa Kotłęgi (POLMASS) wysłaną w dniu 22 sierpnia 2012 r. do Piotra Banaszaka (AGRO-NETZWERK) o treści:

„Drogi Piotrze,

Mam „info”, że kontynuujesz sprzedaż do OSM Radzyń Podlaski, co nam bardzo przeszkadza utrzymać z OSM dotychczasowe relacje handlowe. Chciałbym abyśmy nadal trzymali się przyjętej zasady dotyczącej zakazu konkurencji ze sobą. Wasza sprzedaż do OSM Radzyń Podlaski odbywa się wyłącznie naszym kosztem, tzn. jeśli A.N.W. sprzeda tam np. 2t, to nasza sprzedaż maleje o 2t. Moi doradcy bardzo się skarżą na taki stan współpracy, dlatego osobiście Ciebie proszę o „uzdrowienie” tej sytuacji i powrót do przyjętej zasady.

Zbyszek”

(65) W odpowiedzi na powyższą wiadomość Piotr Banaszak w tym samym dniu wysłał wiadomość e-mail do Zbigniewa Kotłęgi, w której wyjaśniał zgłoszoną przez POLMASS sytuację:

„Drogi Zbyszku!”

Właśnie sprawdziłem w systemie do Spomleku w całej dotychczasowej historii sprzedaliśmy 2 tony w ogóle preparatu mlekozastępczego w lutym i marcu br. tak więc od ponad pół roku nie mieli dostaw od nas mleka. Sprzedajemy im natomiast głównie paszę gotową (...).”

(66) Piotr Banaszak w odpowiedzi skierował jeszcze w późniejszym czasie dalszą odpowiedź do Zbigniewa Kotłęgi (wiadomość e-mail z 18.09.2012 r.), w której informuje, że przeprowadził dokładną analizę zgłoszonej sytuacji i wskazuje m.in.: *„Już jestem po dochodzeniu! Trochę narozrabialiśmy, ale chyba nie do końca tak jak sądzisz lub tak jak informuje twój przedstawiciel”*

(67) Innym przykładem podobnych działań jest wiadomość e-mail skierowana przez Zbigniewa Kotłęgę do Piotra Banaszaka w dniu 28.09.2012 r., w której zwracano uwagę na inne przypadki niewywiązywania się przez AGRO-NETZWERK z przyjętych ustaleń. Wskazano w niej między innymi:

„Mam dalsze sygnały, które mogą komplikować naszą współpracę. Moi doradcy poinformowali mnie o rozpoczętej sprzedaży przez Agronetzwerk w OSM Łowicz (...). Bardzo mi zależy zarówno na naszych osobistych, cennych relacjach, które tak sympatycznie sobie wypracowaliśmy jak i na przestrzeganiu reguł współpracy przez Twoich pracowników. Dlatego Piotrze jeszcze raz proszę Cię o ścisłe przestrzeganie przez Twoich

pracowników zasady niekonkurowania z Polmassem i wycofanie się z tych punktów sprzedaży (...).”

Dowody:

- wiadomość elektroniczna Zbigniewa Kotłegi do Piotra Banaszaka z dnia z dnia 22 sierpnia 2012 r. - k.105.*
- wiadomość elektroniczna Piotra Banaszaka do Zbigniewa Kotłegi z dnia 22 sierpnia 2012 r. - k. 98.*
- wiadomość elektroniczna Zbigniewa Kotłegi do Piotra Banaszaka z dnia z dnia 17 września 2012 r. - k.108.*
- wiadomość elektroniczna Piotra Banaszaka do Zbigniewa Kotłegi z dnia z dnia 17 września 2012 r. - k.114.*
- wiadomość elektroniczna Piotra Banaszaka do Zbigniewa Kotłegi z dnia 18 września 2012 r. - k. 100.*
- wiadomość elektroniczna Zbigniewa Kotłegi do Piotra Banaszaka z dnia 28 września 2012 r. - k. 102.*
- wiadomość elektroniczna Zbigniewa Kotłegi do Piotra Banaszaka z dnia 24 października 2012 r. - k. 112.*
- Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 8 czerwca 2017 r. pn. „Uzupelnienie wniosku skróconego” - k. 1165-1172.*

(68) W związku z powzięciem przez POLMASS wiedzy, iż jego konkurent stara się sprzedawać swoje preparaty mlekozastępcze na terenach tradycyjnej sprzedaży POLMASS (m.in. Lubawa i Działdowo - oddziały Mlekovity), Zbigniew Kotłega skontaktował się z AGRO-NETZWERK w dniu 3 października 2013 r., żądając zaprzestania sprzedaży do tych lokalizacji. Po wymianie korespondencji elektronicznej w tej sprawie, Zbigniew Kotłega i Piotr Banaszak umówili się na spotkanie w celu uszczegółowienia zakresu porozumienia o zakazie konkurencji.

Dowód:

- wiadomość elektroniczna Zbigniewa Kotłegi do Piotra Banaszaka z dnia 3 października 2013 r. - k. 96.*
- wiadomość elektroniczna Zbigniewa Kotłegi do Piotra Banaszaka z dnia 5 listopada 2013 r. - k. 122.*
- wiadomość elektroniczna Piotra Banaszaka do Zbigniewa Kotłegi z dnia 5 listopada 2013 r. - k. 115 i 117.*
- wymiana wiadomości między Zbigniewem Kotłegą a Piotrem Banaszakiem z dni 6 i 13 listopada 2013 r. - k. 119, 124.*

(69) Do spotkania między przedstawicielami AGRO-NETZWERK i POLMASS doszło 19 listopada 2013 r. W jego toku zredagowano dokument o nazwie „Uzgodnienia zawarte między Agronetzwerk (ANW) i Polmass (P) w dniu 19.11.2013 r.”, w którego treści wskazano:

„Uzgodnienia zawarte między Agronetzwerk (ANW) i Polmass (P) w dniu 19.11.2013 r.:
1. Obie firmy ANW i P, deklarują, że nadal nie będą zabiegać o sprzedaż pmz w miejscach, w których jedna z nich już prowadzi sprzedaż pmz

2. ANW nie wprowadzi swoich pmz do sprzedaży w OSM Nowy Dwór Gdański oraz Suszu (Mlekowita)
3. P akceptuje sprzedaż pmz ANW do Lubawy i Działdowa (Mlekowita). P otrzyma do wiadomości pismo Mlekowity w sprawie możliwości sprzedaży pmz do sieci sprzedaży Mlekowity obok pmzANW.
4. ANW nie będzie zawierał porozumienia i umów z mleczarniami, które będą niezgodne z deklaracją w pkt. 1
5. Obie firmy dołożą starań, aby ich pracownicy dbali o lojalne i przyjazne relacje między ANW i P.”

Dowody:

- „Uzgodnienia zawarte między Agronetzwerk (ANW) i Polmass (P) w dniu 19.11.2013 r.” - k. 121

- (70) Podsumowując, porozumienie polegało na niesprzedawaniu PMZ w tych miejscach, w których drugi z uczestników porozumienia już prowadzi sprzedaż. Podział podmiotowy był precyzowany między stronami w czasie trwania porozumienia. Uzgadnianie jego szczegółów odbywało się m.in. w związku z incydentami naruszania przyjętej ogólnej zasady wzajemnej lojalności (tzn. niesprzedawania PMZ do klientów drugiego z uczestników porozumienia). Porozumienie obejmowało przy tym terytorium całego kraju, co potwierdzają lokalizacje odbiorców, w zakresie których podejmowane były działania dyscyplinujące.
- (71) Zakaz konkutowania, jak wynika z powyższej korespondencji został ustalony przez strony w sposób szeroki i obejmował zarówno zakaz podejmowania działań aktywnych, ale także działań pasywnych. Jak bowiem należy wnioskować z cytowanej korespondencji strony nie precyzowały przyjętej i powtarzanej w wymienianych wiadomościach zasady „niekonkutowania”.
- (72) Współpraca obu stron zakończyła się 26 kwietnia 2017 r. co zostało potwierdzone w wiadomości e-mail AGRO-NETZWERK do POLMASS.

Dowody:

- Pismo AGRO-NETZWERK z dnia 8 czerwca 2017 r. pn. „Uzupełnienie wniosku skróconego” - k. 1165-1172.
- wiadomość e-mail Piotra Banaszaka z dnia 26 kwietnia 2017 r. - k. 1192-1193.

Ocena prawna ustalonych faktów

1. Określenie zarzutu

- (73) Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiony został zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła polegającego na podziale tego rynku.

2. Interes publiczny

- (74) Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu publicznego (ogólnospołecznego).
- (75) Kompetencją Prezesa Urzędu jest zwalczanie niekorzystnych zjawisk naruszających (mogących naruszyć) konkurencję lub wywołujących (mogących wywołać) na rynku inne niekorzystne zjawiska. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, że praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców, a ostatecznie w dobrobyt konsumenta. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany.
- (76) W niniejszej sprawie porozumienie zostało zawarte pomiędzy konkurentami na krajowym rynku sprzedaży (wprowadzania do obrotu) PMZ dla bydła, a jednocześnie kontrahentami współpracującymi ze sobą w zakresie produkcji tych preparatów przez POLMASS na rzecz AGRO-NETZWERK.
- (77) Polegało ono na uzgodnieniu przez strony grona odbiorców dystrybuowanych pasz, w stosunku do których nie będą konkurować. W przypadku zatem gdy POLMASS dostarczał już objęte porozumieniem kategorii pasz do danego odbiorcy, AGRO-NETZWERK powinien powstrzymać się od ich oferowania tym odbiorcom. I odwrotnie, gdy w dane miejsce dostarczał PMZ AGRO-NETZWERK, POLMASS powinien się powstrzymać od prowadzenia działań sprzedażowych w tej lokalizacji.
- (78) Przedmiotem niniejszego postępowania jest zatem tzw. porozumienie podziałowe. Porozumienia tego rodzaju zaliczane są do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, zakazanych niezależnie od wielkości udziału w rynku właściwym stron porozumienia (art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), wywołujących zazwyczaj niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes publiczny. Zaniechanie prowadzenia działań zmierzających do sprzedaży produktów paszowych oraz powstrzymanie się od sprzedaży tych produktów w przypadku otrzymania oferty ich zakupu przez odbiorców może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla odbiorców produktów oferowanych przez przedsiębiorców, czyli w szczególności hodowców bydła.
- (79) Powyższe przemawia za uznaniem, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

3. Status przedsiębiorców

- (80) Zgodnie z art. 4 pkt 1 u.o.k.k. przez przedsiębiorcę należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424), tj. osobę

fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą.

- (81) Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż podmioty, przeciwko którym prowadzone jest postępowanie w przedmiotowej sprawie, jako spółka akcyjna oraz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, prowadzące działalność gospodarczą w zakresie produkcji i sprzedaży pasz przemysłowych, tj. POLMASS i AGRO-NETZWERK mieszczą się w zakresie podmiotowym przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

4. Rynek właściwy

- (82) Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 pkt 9 definiują rynek właściwy, jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Natomiast pod pojęciem towaru należy rozumieć zgodnie z art. 4 pkt 7 u.o.k.k. zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.
- (83) Powyższa definicja rynku właściwego wyznacza zatem dwa jego wymiary: wymiar produktowy (rynek właściwy produktowo) i wymiar geograficzny (rynek właściwy terytorialnie). Pojęcie rynku właściwego produktowo odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Natomiast wyznaczenie geograficznego aspektu rynku właściwego oznacza zidentyfikowanie obszaru, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru i jego substytutów są dostatecznie jednorodne dla wszystkich konkurentów, i który można odróżnić od innych obszarów.
- (84) Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że praktyki, które stosowały strony postępowania, miały miejsce na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła. Praktyki te dotyczyły bowiem działań wytwórców i sprzedawców pasz przemysłowych i miały związek ze sprzedażą (wprowadzaniem do obrotu) preparatów mlekozastępczych dla bydła. Jednocześnie, ograniczenie konkurencji wystąpiło na tym samym rynku. W uzasadnieniu powyższych twierdzeń należy wskazać, co następuje.
- (85) Pasje przemysłowe stosowane przy żywieniu zwierząt hodowlanych należy różnicować przede wszystkim ze względu na gatunek zwierząt, przy odchowie których mają być stosowane oraz skład i koncentrację składników pokarmowych znajdujących się w poszczególnych produktach. Prezes Urzędu zamierza stwierdzić, że w rozpatrywanej sprawie rynek właściwy w ujęciu produktowym obejmuje preparaty mlekozastępcze dla bydła (właściwy produktowo rynek sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła).
- (86) Preparaty mlekozastępcze dla bydła (PMZ) to mieszanki paszowe, podawane w formie suchej lub po rozpuszczeniu w określonej ilości płynu, stosowane do karmienia cieląt jako dopełnienie lub zamiennik po okresie skarmiania siary albo do karmienia

młodych zwierząt, do uboju⁷. Preparaty mlekozastępcze opracowane są z myślą o ochronie młodych zwierząt przed chorobami, a ponadto zapewniają im prawidłowy wzrost i rozwój.

- (87) W preparatach dla bardzo młodych cieląt (do końca pierwszego miesiąca życia) stosowane są składniki białkowe pochodzenia mlecznego - mleko odtłuszczone oraz serwatka. Natomiast w preparatach dla cieląt starszych znajduje się również białko pochodzenia roślinnego, głównie sojowe. Producenci często oferują produkty różniące się od siebie składem uzależnionym od okresu, w jakim znajdują się cielęta. Żywienie cieląt przy użyciu preparatów mlekozastępczych jest korzystne dla hodowców, gdyż pozwala ograniczyć koszty żywienia (zwłaszcza przy dużych gospodarstwach) oraz daje większą kontrolę nad składnikami, jakie dostarczane są cielętom wraz z preparatem mlekozastępczymi.
- (88) Inne produkty paszowe nie stanowią substytutów preparatów mlekozastępczych dla bydła bowiem znajdują zupełnie inne zastosowanie w procesie odchowu bydła. W tym miejscu warto zaznaczyć, że przykładowo nie stanowi substytutu dla preparatów mlekozastępczych krowie mleko. Jak już wspomniano wcześniej, zastosowanie PMZ jest korzystne dla hodowców, gdyż pozwala ograniczyć koszty żywienia (zwłaszcza przy dużych gospodarstwach) oraz daje większą kontrolę nad składnikami, jakie dostarczane są cielętom wraz z preparatem mlekozastępczym. W ramach ofert produktowych w zakresie PMZ, przedsiębiorcy oferują produkty różniące się składem i proporcjami składników, przede wszystkim w zależności od etapu rozwoju zwierząt.
- (89) Jednocześnie, produkty paszowe przeznaczone do stosowania przy odchowie innych gatunków zwierząt takich jak dla przykładu trzoda chlewna czy drób nie znajdują zastosowania przy żywieniu bydła. Przykładowo, preparaty mlekozastępcze wyprodukowane z przeznaczeniem dla trzody chlewnej nie będą mogły z powodzeniem zastąpić preparatów mlekozastępczych dla cieląt. Zatem pasze dla innych niż bydło zwierząt nie mogą stanowić substytutów względem produktów do żywienia bydła.
- (90) Takie wyodrębnienie rynku właściwego produktowo w sprawie znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Prezesa Urzędu⁸.
- (91) Biorąc pod uwagę aspekt geograficzny, Prezes Urzędu uznał, że rynek sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła ma wymiar krajowy.
- (92) Przy wyznaczaniu wymiaru geograficznego rynku właściwego w niniejszej sprawie Prezes Urzędu wziął w szczególności pod uwagę okoliczność, że przedsiębiorcy działający na przedmiotowym rynku w większości prowadzą działalność związaną z obrotem paszami w wymiarze krajowym. Szczególnie istotny w tym kontekście pozostaje również model organizacji sprzedaży podmiotów paszowych działających na obszarze Polski i jej krajowy charakter. Działające w Polsce przedsiębiorstwa

⁷ Por. art. 4 ust 2 lit. l Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 767/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie wprowadzania na rynek i stosowania pasz, zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1831/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady i uchylające dyrektywę Rady 79/373/EWG, dyrektywę Komisji 80/511/EWG, dyrektywę Rady 82/471/EWG, 83/228/EWG, 93/74/EWG, 93/113/WE i 96/25/WE oraz decyzję Komisji 2004/217/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG).

⁸ Decyzje Prezesa Urzędu Nr DKK-41/2016, Nr DKK 59/2005 oraz Nr DDF-52/2002.

organizują swoją działalność na szczeblu krajowym, a nie w szerszym zakresie (np. europejskim czy światowym).

- (93) Jak wskazywano wcześniej w niniejszej decyzji, zarówno POLMASS jak i AGRO-NETZWERK koncentrują swoje działania sprzedażowe na obszarze kraju, co ma przełożenie na przyjęty model sieci dystrybucji umożliwiający obsługę klientów we wszystkich rejonach Polski (s. 3 - 6 niniejszej decyzji).
- (94) Zauważyć należy, że przedsiębiorcy paszowi posiadający kapitał zagraniczny prowadzą sprzedaż pasz na rynku polskim w ramach zarejestrowanych w Polsce podmiotów gospodarczych, a nie korzystają z zagranicznej sieci dystrybucji. Ich działalność sprzedażowa, jak niekiedy również wytwórcza, prowadzona jest za pomocą sieci krajowych placówek, co również pozwala optymalizować koszty związane z produkcją i dostawą pasz do odbiorców na polskim rynku⁹.
- (95) Dodatkowo, za ujęciem przedmiotowego rynku jako krajowego przemawia fakt, że oferowanie tak wyspecjalizowanych produktów paszowych, jakimi są PMZ, wymaga jednoczesnego zapewnienia przez sprzedawców poradnictwa w zakresie szeroko rozumianego żywienia zwierząt. Sprawia to, że nie jest *de facto* możliwe kompleksowe i przede wszystkim konkurencyjne prowadzenie działalności w zakresie obrotu przedmiotowymi produktami paszowymi przez podmioty nieposiadające zaplecza organizacyjnego na terytorium Polski. Powyższe przesądza o braku możliwości szerszego niż krajowy ujęcia rynków sprzedaży PMZ.
- (96) Obrót preparatami mlekozastępczymi, w odróżnieniu od niektórych rodzajów pasz, w tym w szczególności pasz pełnoporcjowych, które są dystrybuowane lokalnie, ma wymiar krajowy. W przypadku tych produktów, w przeciwieństwie do koncentratów oraz pasz pełnoporcjowych, proporcje między kosztem transportu a ceną produktu nie powodują, że ich transport na większe odległości jest nieopłacalny.
- (97) W tym kontekście należy zauważyć, że preparaty mlekozastępcze dla bydła to produkty paszowe o cenach znacznie wyższych niż ceny większości pasz stosowanych w hodowli zwierząt. Zgodnie z informacją „Rynek Pasz nr 10/2018” z dnia 15 listopada 2018 r., w którym ujęto notowania cen na rynku pasz dla bydła z okresu wrzesień - październik 2018 r., średnie ceny sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła wyniosły odpowiednio: 2772 zł/t oraz 4479 zł/t. Uznać zatem należy, że ceny produktów, których dotyczyło przedmiotowe porozumienie są wyraźnie wyższe od standardowo stosowanych mieszanek pasz pełnoporcjowych (ceny PMZ są ponad trzykrotnie wyższe niż ceny mieszanek pasz pełnoporcjowych).
- (98) Sytuacja ta, w sposób oczywisty, wpływa na wyraźnie wyższą granicę opłacalności transportu produktów. Zatem wyższe ceny PMZ niż przykładowo pasz pełnoporcjowych skutkują opłacalnością ich sprzedaży (wraz z dostarczaniem) na większych obszarach, a nie tylko w obrębie kilku powiatów lub pojedynczego województwa.
- (99) Wymiar geograficzny rynku właściwego, jaki Prezes Urzędu ustalił w niniejszej sprawie, pozostaje w zgodzie z ugruntowanym orzecznictwem Prezesa Urzędu. W tym

⁹ Przykładowo odwołać się można do sposobu organizacji prowadzonej działalności przez podmioty o ugruntowanej pozycji na polskich rynkach paszowych (również na rynkach, o których mowa w niniejszej decyzji) w tym przykładowo Cargill Poland Sp. z o.o. oraz De Heus Sp. z o.o.

kontekście wskazać należy, że w decyzji z dnia 15 marca 2016 r. nr DKK-41/2016 w sprawie koncentracji Cargill Poland Sp. z o.o. i Dossche sp. z o.o.¹⁰ organ antymonopolowy, opierając się na orzecznictwie Komisji Europejskiej¹¹ wskazał, że rynek preparatów mlekozastępczych prawdopodobnie jest rynkiem co najmniej krajowym, albowiem dostawcy konkurują ze sobą na obszarze danego kraju. Ponadto, za określeniem rynku obrotu poszczególnymi grupami pasz (tu: preparatami mlekozastępczymi) przemawia również wcześniejsze orzecznictwo Prezesa Urzędu¹²

- (100) Mając powyższe na uwadze ustalono, że rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest krajowy rynek sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła.
- (101) W ocenie organu antymonopolowego rynek właściwy w niniejszej sprawie został wyznaczony w sposób adekwatny. W niniejszej sprawie organ antymonopolowy ocenił zasięg rynku właściwego w sposób adekwatny w odniesieniu do zakresu i wymiaru działań sprzedażowych prowadzonych przez podmioty wprowadzające na rynku polskim przedmiotowe produkty paszowe, przyjęte przez tych przedsiębiorców organizację zarządzanych przedsiębiorstw, w pełni uwzględniając przy tym dotychczasową praktykę orzecniczą w tym zakresie Prezesa Urzędu.
- (102) Ponadto, definiowanie rynku właściwego w sprawach dotyczących porozumień ograniczających konkurencję polegających na ustalaniu cen oraz podziale rynku zbytu i zakupu nie wymaga stopnia precyzji, który konieczny jest przy rozpatrywaniu spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub koncentracji przedsiębiorców. Dokładne wyznaczenie rynku właściwego w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych porozumień pozostaje niezbędne, gdy należy poddać analizie skutki takiego porozumienia¹³, natomiast, gdy dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie istnieje potrzeba brania pod uwagę konkretnych skutków, jakie to porozumienie wywołuje na danym rynku¹⁴. Jak zostanie wskazane dalej, porozumienie objęte zakresem niniejszej decyzji było porozumieniem ograniczającym konkurencję ze względu na cel.

5. Naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (103) Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W myśl pkt 3 ww. przepisu zakazane są porozumienia polegające na podziale rynków zbytu lub zakupu.
- (104) W celu ustalenia, czy przedsiębiorcy będący stronami niniejszego postępowania dopuścili się naruszenia ww. przepisu, niezbędne jest ustalenie trzech przesłanek. Po pierwsze, że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami. Po drugie, że celem lub skutkiem tego porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Po trzecie wreszcie, że

¹⁰ Decyzja dostępna na: www.decyzje.uokik.gov.pl.

¹¹ Decyzja KE nr COMP/M.6383 ws. Cargill/Korofrance, par. 10.

¹² Por. Decyzja nr DDF-37/2002 z 8.07.2002 w sprawie koncentracji Provimi Polska Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Osnowie i Rolimpex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz decyzja nr DDF-52/2002 z 19.09.2002 w sprawie koncentracji Koudijs Pasze Sp. z o.o. z siedzibą w Łęczycy i Land O'Lakes Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

¹³ R. Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, 2009, s. 27.

¹⁴ Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 grudnia 2009 r., DOK-7/2009 (*Cement szary*).

porozumienie to nie podlega jednemu z wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

- (105) W tym miejscu należy zaznaczyć, że na potrzeby właściwej oceny zarzucanego porozumienia organ antymonopolowy obok prawa i orzecznictwa krajowego posiłkował się również ich interpretacją właściwą dla przepisów unijnego prawa antymonopolowego oraz adekwatnym orzecznictwem. Powyższe wynika z faktu, że oba porządki prawne odnoszą się do tych samych koncepcji prawnych, a dodatkowo w określonych sytuacjach są stosowane równolegle, co sprawia, że koncepcje te przyjmują tę samą formę w prawie unijnym i polskim.

6. Istnienie porozumienia

6.1. Zawarcie porozumienia podziałowego

- (106) Kluczowe dla stosowania zakazu wyrażonego w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pojęcie „porozumienia” definiuje art. 4 pkt 5 tej ustawy, uznając za porozumienia:
- a. umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
 - b. uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
 - c. uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.
- (107) Powołany przepis ustanawia zatem szeroką definicję porozumienia. Intencją takiej regulacji jest objęcie zakazem różnych form koordynacji między przedsiębiorcami i zapobiegnięcie obchodzenia reguł konkurencji jedynie ze względu na formę, w której przedsiębiorcy koordynują swoje działania¹⁵. Aby zatem zaistniało porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wystarczy, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców na rynku. Forma, w jakiej została wyrażona intencja takiego zachowania jest nieistotna.
- (108) Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie: „Istotą porozumień (...) jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze natożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności, co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji.”¹⁶
- (109) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu podstawą porozumienia ograniczającego konkurencję zawartego pomiędzy POLMASS i AGRO-NETZWERK było **ustne uzgodnienie pomiędzy stronami dokonane w okresie, w jakim oba podmioty rozpoczęły ze sobą współpracę w zakresie produkcji przez POLMASS preparatów**

¹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 września 2014 r. w sprawie C-382/12 P, *MasterCard Inc*, EU:C:2014:2201, akapit 63.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04, utrzymany w mocy wyrokiem Sadu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06, w którym wyrażono podobne stanowisko.

mlekozastępczych dla bydła na rzecz AGRO-NETZWERK, co miało miejsce w lipcu 2010 r. W ramach przedmiotowego uzgodnienia, strony ustaliły, iż nie będą prowadziły sprzedaży PMZ do odbiorców, do których dostarcza już te produkty druga strona porozumienia.

- (110) Moment zawarcia przedmiotowego porozumienia potwierdzają wyjaśnienia AGRO-NETZWERK, zgodnie z którymi zakres porozumienia (zasada „niekonkurowania”) został uzgodniony w momencie, w którym spółki podjęły decyzję o rozpoczęciu współpracy w zakresie produkcji PMZ przez POLMASS na rzecz AGRO-NETZWERK, co powodowało jednoczesną potrzebę określenia jej przyszłych ram. W tym czasie zostało także zrealizowane przez POLMASS pierwsze zamówienie AGRO-NETZWERK. Ww. wyjaśnienia AGRO-NETZWERK potwierdzają jednocześnie ustalenia organu antymonopolowego co do przedmiotu zawartego porozumienia, zgodnie z którymi spółki uzgodniły, że **nie będą sprzedawać preparatów mlekozastępczych dla bydła swojej marki w miejscach, gdzie druga ze stron prowadzi już własną sprzedaż.**
- (111) Fakt zawarcia porozumienia jednocześnie z rozpoczęciem współpracy obu spółek oraz jego późniejszą realizację przez strony potwierdzają także przypadki monitorowania zachowań kontrahentów, które miały miejsce w niedługim czasie po zawarciu porozumienia oraz następnie dyscyplinowania strony, która nie wywiązywała się z przyjętych ustaleń. Ponadto, uzgodnienia potwierdzono podczas jednego z **osobistych spotkań osób reprezentujących kontrahentów, które to z jednej strony służyło pełnemu wyjaśnieniu spornych sytuacji, z drugiej natomiast potwierdzeniu obowiązywania przyjętego porozumienia.** Zgromadzone dowody obejmujące korespondencję obu spółek świadczą również o tym, że przyjęty przez strony podmiotowy podział rynku obejmował terytorium całego kraju.
- (112) W wymienianej przez strony korespondencji kontrahenci wielokrotnie potwierdzali przyjęte uzgodnienia. W tym kontekście wskazać można wiadomość e-mail POLMASS do AGRO-NETZWERK z dnia 24.10.2012 r., w której wspomina się o przedmiocie porozumienia używając stwierdzenia: **„dotychczasowa zasada o wzajemnej lojalności dot. zakazu oferowania i sprzedaży pmz do klientów partnera pozostaje”** lub znajdujący się w materiale dowodowym dokument zawierający ustalenia ze spotkania z dnia 19.11.2013 r., w którym stwierdza się, że **„Obie firmy ANW i P, deklarują, że nadal nie będą zabiegać o sprzedaż pmz w miejscach, w których jedna z nich już prowadzi sprzedaż pmz (...)”.**
- (113) Zakaz konkurowania został ustalony przez strony w sposób szeroki i obejmował zarówno zakaz podejmowania **działań aktywnych**, tj. działań zmierzających do pozyskania nowych odbiorców, ale **także działań pasywnych**, tj. dokonywania sprzedaży do odbiorców drugiego z kontrahentów, w przypadku gdy odbiorcy wyrazili zainteresowanie zakupem danych pasz. Na taki zakres przyjętego porozumienia wskazuje sposób komunikowania przez strony przyjętej zasady. Prezes POLMASS cytowanej wyżej wiadomości z dnia 24.10.2012 wskazuje bowiem, iż zabronionym nie jest wyłącznie „oferowanie” produktów drugiej strony, ale także już ich sama „sprzedaż” (niezależnie od kogo propozycja współpracy wychodzi).
- (114) Pracownicy handlowi POLMASS monitorowali poczynania sprzedażowe pracowników handlowych kontrahenta oraz, w przypadku stwierdzenia niewywiązywania się drugiej strony z przyjętych uzgodnień (tj. dokonania sprzedaży na rzecz odbiorcy

drugiej strony), raportowali swoim przełożonym o tych sytuacjach. Następnie, w przypadku stwierdzenia niewywiązywania się z przyjętego uzgodnienia podejmowane były działania mające na celu skłonienie kontrahenta do przestrzegania porozumień i odstąpienia od oferowania produktów odbiorcy jednej ze stron porozumień.

- (115) Przykładem takiego działania jest korespondencja pomiędzy POLMASS a AGRO-NETZWERK dot. sprzedaży do jednego z odbiorców zapoczątkowana w dniu 22.08.2012 r., w której pierwszy podmiot wskazuje na nieuzgodnioną sprzedaż AGRO-NETZWERK („Mam „info”, że kontynuujesz sprzedaż do OSM Radzyń Podlaski, co nam bardzo przeszkadza utrzymać z OSM dotychczasowe relacje handlowe. (...) Chciałbym abyśmy nadal trzymali się przyjętej zasady dotyczącej zakazu konkurencji z sobą. (...) Moi doradcy bardzo się skarżą na taki stan współpracy, dlatego osobiście Ciebie proszę o „uzdrowienie” tej sytuacji i powrót do przyjętej zasady”). Wiadomość ta spowodowała, iż AGRO-NETZWERK zweryfikowała działania swoich pracowników i następnie, najpierw w wiadomości z tego samego dnia przedstawiono dane dot. sprzedaży do spornego odbiorcy („Właśnie sprawdziłem w systemie do Spomleku w całej dotychczasowej historii sprzedaliśmy 2 tony w ogóle preparatu mlekozastępczego w lutym i marcu br. tak więc od ponad pół roku nie mieli dostaw od nas mleka (...), a w dalszej kolejności, w wiadomości e-mail z 18.09.2012 r., poinformowano POLMASS, że przeprowadzono dokładną analizę zgłoszonej sytuacji („Już jestem po dochodzeniu! Trochę narozrabialiśmy, ale chyba nie do końca tak jak sądzisz lub tak jak informuje twój przedstawiciel”).
- (116) Powyższa korespondencja pokazuje, że AGRO-NETZWERK pomimo faktu, że to POLMASS był stroną zdecydowanie aktywniejszą w procesie koordynowania realizacji porozumienia, akceptował przyjęte zasady współpracy i weryfikował w tym kontekście działania swoich pracowników handlowych oraz przekazywał wyjaśnienia do POLMASS.
- (117) Podsumowując należy zaznaczyć, że zgromadzony materiał dowodowy, obejmujący z jednej strony wyjaśnienia AGRO-NETZWERK, w których strona wskazała na zasady przyjętego uzgodnienia oraz okres jego funkcjonowania, a także korespondencję między stronami uzupełnia się i tworzy jeden, spójny obraz naruszenia w związku dokonaniem przez strony podmiotowego podziału krajowego rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła obowiązującego w okresie od lipca 2010 r. do kwietnia 2017 r. - tj. do momentu, kiedy to spółki zakończyły współpracę.

6.2. Jednolite i ciągłe naruszenie

- (118) Naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję może wynikać nie tylko z pojedynczego działania przedsiębiorców, ale także z szeregu działań, a nawet z zachowania o charakterze ciągłym. Dlatego też, jeżeli owe różne działania stanowią część całościowego planu, ponieważ wszystkie mają za cel zakłócenie konkurencji, możliwe jest przypisanie przedsiębiorcom

odpowiedzialności za te działania na podstawie udziału w naruszeniu rozpatrywanym jako całość¹⁷.

- (119) Do uznania porozumienia za niedozwolone wystarczy zatem by poszczególne elementy działań przedsiębiorców w określonym zakresie czasowym miały charakter działań naruszających wymieniony przepis i łączył je jeden cel, mianowicie zakłócenie konkurencji na rynku właściwym. Jednocześnie oznacza to, że w takich przypadkach, zasadne będzie również (w przypadku uznania przez organ antymonopolowy za uzasadnione) nałożenie na poszczególnych przedsiębiorców jednej kary z tytułu stosowania praktyk o takim charakterze.
- (120) Zgodnie z orzecznictwem unijnym, aby ustalić udział przedsiębiorstwa w jednolitym i ciągłym naruszeniu, muszą zostać łącznie spełnione trzy przesłanki: istnienie ogólnego planu realizującego wspólny cel, celowe przyczynianie się przedsiębiorstwa do realizacji tego planu oraz fakt, iż miało ono (udowodnioną lub domniemaną) wiedzę na temat noszących znamiona naruszenia zachowań pozostałych uczestników¹⁸.
- (121) Prezes Urzędu uznał, że **przyjęte przez POLMASS i AGRO-NETZWERK uzgodnienia dotyczące niekonkurowania składały się na jednolite oraz ciągłe naruszenie**. Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie potwierdza, że strony dokonały ustnych uzgodnień o niekonkurowaniu oraz realizowały przyjęte uzgodnienia. Strony na początku współpracy dokonały jasnych ustaleń w zakresie podziału swoich odbiorców na tych, do których będzie sprzedawać swoje produkty wyłącznie POLMASS oraz tych, co do których wyłączność będzie mieć AGRO-NETZWERK. Zgromadzone w sprawie dowody, w tym przede wszystkim korespondencja pozyskana w toku przeszukań oraz oświadczenia AGRO-NETZWERK złożone z inicjatywy strony w toku postępowania antymonopolowego pozwalają Prezesowi Urzędu na dokonanie oceny, że porozumienie trwało przez cały okres współpracy obu spółek. A zatem, porozumienie obowiązywało strony i było nieustannie przez nie realizowane od czasu jego ustnego zawarcia w lipcu 2010 r., aż do jego zakończenia w kwietniu 2017 r.
- (122) O istnieniu porozumienia w ustalonym okresie dowodzą przede wszystkim oświadczenia wnioskodawcy (AGRO-NETZWERK) złożone w toku postępowania antymonopolowego, jak również zgromadzone w sprawie dowody z korespondencji między stronami, czy też notatki potwierdzające uzgodnienia. Szczególnie z treści korespondencji między POLMASS i AGRO-NETZWERK wynika, że porozumienie trwało nieprzerwanie, gdyż strony podejmowały działania dyscyplinujące drugą stronę porozumienia i jednocześnie potwierdzały dotychczasowe ustalenia. Przykładowo w wiadomości z dnia 22 sierpnia 2012 r. wskazano: „*Mam „info”, że kontynuujesz sprzedaż do OSM Radzyń Podlaski, co nam bardzo przeszkadza utrzymać z OSM dotychczasowe relacje handlowe. Chciałbym abyśmy nadal trzymali się przyjętej zasady dotyczącej zakazu konkurowania ze sobą.(...)”*”.

¹⁷ Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie *Aalborg Portland przeciwko Komisji Europejskiej* (C-204/00 P).

¹⁸ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-211/08 *Putters International NV z siedzibą w Cargovil przeciwko Komisji Europejskiej*.

Materiał ten w sposób spójny zatem pokazuje, że przedmiotowe działania stron porozumienia miały wspólny cel, którego strony były świadome i w sposób zamierzony się do niego przyczyniały, a zatem działania te składają się na jednolite i ciągłe naruszenie. Nadmienić przy tym należy, że charakter przedmiotowych uzgodnień nie wymagał od stron podejmowania zintensyfikowanych działań w celu jego wdrożenia. Do zawarcia porozumienia podziałowego wystarczy bowiem, iż strony w sposób wystarczająco klarowny i bezsporny dla siebie określą granice podziału (w tym przypadku krąg odbiorców PMZ), by następnie współpraca taka nie wymagała precyzowania czy korygowania przez konkurentów.

- (123) Powyżej wskazane okoliczności pozwoliły organowi antymonopolowemu na ustalenie, że współpraca POLMASS i AGRO-NETZWERK trwała od 2010 r. i zakończyła się 26 kwietnia 2017 r. co zostało potwierdzone przez stronę porozumienia - AGRO-NETZWERK w przedłożonych oświadczeniach oraz w wiadomości e-mail AGRO-NETZWERK skierowanej tego dnia do POLMASS („Myślę, że każdy z Nas z osobna musi się zająć własną „walką” ze sprawą UOKiK oraz co nie ochronne konkurencją na rynku PMZ w kraju”). Do tego czasu, porozumienie było wykonywane przez strony i jednocześnie żadna z nich nie zdystansowała się do przyjętych uzgodnień. W tym kontekście wskazać należy, że zgodnie z art. 10 ust. 3 ustawy ciężar udowodnienia, że praktyka naruszająca zakazy, o których mowa w art. 6 lub w art. 9 ustawy lub w art. 101 lub w art. 102 TFUE, została zaprzestana, spoczywa na przedsiębiorcy.
- (124) Na marginesie należy zauważyć, że w orzeczeniu z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie *Aalborg Portland przeciwko Komisji Europejskiej* (C-204/00 P) Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że *„jeżeli przedsiębiorstwo milcząco popiera inicjatywę, która ze względu na swój antykonkurencyjny charakter jest niezgodna z prawem, nie dystansując się publicznie od jej treści lub nie zawiadamiając o niej organów administracyjnych, to skutecznie zachęca do kontynuowania naruszeń i utrudnia jego wykrycie. Ten współudział stanowi bierny sposób uczestnictwa w naruszeniu, tym samym może on być podstawą uznania odpowiedzialności tego przedsiębiorstwa. Co więcej, okoliczność, że przedsiębiorstwo nie stosuje w praktyce uzgodnień zapadłych podczas spotkania, które miało cel niezgodny z zasadami konkurencji, nie może zwolnić go od odpowiedzialności za udział w kartelu, chyba że zdystansowało się ono publicznie od uzgodnień zapadłych w ramach kartelu.”*
- (125) Mając na względzie powyższe, Prezes Urzędu stwierdził, że charakter dokonanego przez strony naruszenia był ciągły. POLMASS i AGRO-NETZWERK od 2010 do 2017 roku w sposób ciągły i nieprzerwany unikały w ramach porozumienia konkurowania w zakresie sprzedaży do określonych odbiorców preparatów mlekozastępczych dla bydła.

6.3. Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

- (126) Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Przestanki „antykonkurencyjnego celu” oraz „antykonkurencyjnego skutku” mają tym samym charakter alternatywny.

- (127) Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wystarczające jest spełnienie tylko jednego ze wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu porozumienia lub antykonkurencyjnego skutku. Oznacza to, że jeżeli zostanie wykazane, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, to nie ma znaczenia, czy cel ten został osiągnięty¹⁹. Dopiero zatem w przypadku stwierdzenia, że porozumienie nie było porozumieniem ograniczającym konkurencję ze względu na cel, zasadne i niezbędne staje się przeanalizowanie, czy nie stanowi ograniczenia ze względu na skutek.
- (128) Brak konieczności badania czy doszło do naruszenia ze względu na skutek, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel potwierdza zarówno orzecznictwo sądów krajowych jak i unijnych. Wskazał na to między innymi Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 9 listopada 2006 r. stwierdzając, że „(...) jeżeli z zawartego porozumienia, w konkretnym wypadku z aktów podjętych przez odwołującą się Izbę wynika ich antykonkurencyjny cel (...), to nie ma potrzeby badania skutków porozumienia”²⁰.
- (129) Podobny wniosek wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w którym wskazano między innymi, że: „(...) w wypadku gdy udowodnione zostanie, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, nie zachodzi potrzeba określania rzeczywistych jego skutków”²¹. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w innej sprawie, w której stwierdzono, że „(...) by dokonać oceny, czy porozumienie jest zakazane na mocy obecnego art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, uwzględnienie jego konkretnych skutków jest zbędne, jeśli okazuje się, że ma ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku”²². Jak bowiem wskazał Trybunał Sprawiedliwości: „(...) pewne formy zмовы między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji”.
- (130) Za praktyki ograniczające konkurencję ze względu na cel można uznać praktyki sprzeczne a priori z wartościami chronionymi przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, a więc takie, których wdrożenie nieuchronnie doprowadzi do wywołania antykonkurencyjnego skutku. Wystąpienie takich skutków jest - a ściślej - może być domniemywane z tego powodu, iż na bazie dotychczasowych doświadczeń lub wiedzy ekonomicznej, dane porozumienia zawsze lub prawie zawsze powodują skutki ograniczające konkurencję, czy też wdrożenie danego porozumienia oznacza nieodzowność, nieuchronność antykonkurencyjnych skutków.

¹⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. XVII Ama 65/03, niepubl.

²⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 9 listopada 2006 r., sygn. XVII Ama 68/05, Dz. Urz. UOKiK 2007/2/20.

²¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 1966 r. w połączonych sprawach 56 i 58/64, *Consten oraz Grundig przeciwko Komisji*, EU:C:1966:41. Podobnie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65, *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38 oraz w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 stycznia 1987 r. w sprawie 45/85, *Verband der Sachversicherer przeciwko Komisji*, EU:C:1987:34.

²² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development and Barry Brothers*, EU:C:2008:643.

- (131) Cel porozumienia może przy tym wynikać z jego treści, jak również z całokształtu zachowań na rynku określonych przedsiębiorców.

6.3.1. Antykonkurencyjny cel porozumienia podziałowego POLMASS i AGRO-NETZWERK

- (132) W ocenie Prezesa Urzędu porozumienia zawarte pomiędzy POLMASS a AGRO-NETZWERK należy do kategorii porozumień polegających na **podmiotowym podziale rynku zbytu**, tj. krajowego rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła (wprowadzania do obrotu). Strony porozumienia zobowiązały się do niepodejmowania działań sprzedażowych w zakresie określonych produktów paszowych w stosunku do odbiorców, do których dostarczała już swoje produkty druga strona porozumienia. Przyjęte uzgodnienia miały na celu zaprzestanie prowadzenia przez POLMASS lub AGRO-NETZWERK działań sprzedażowych w stosunku do określonych podmiotów (podział rynku w oparciu o kryteria podmiotowe).
- (133) Należy podkreślić, że brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel, dotyczy w szczególności najpoważniejszych naruszeń. Do tej grupy naruszeń należą porozumienia przewidujące podział rynku, bowiem z samej natury tych porozumień wynika ich antykonkurencyjny cel w postaci zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na rynku właściwym. Porozumienia o charakterze podziału rynku stanowią jedne z najcięższych ograniczeń konkurencji, mają potencjał wywoływania negatywnych skutków na rynku i w konsekwencji są zakazane niezależnie od tego, czy takie skutki faktycznie wywołują.

6.3.2. Ocena porozumienia POLMASS i AGRO-NETZWERK w jego kontekście gospodarczym

- (134) Prezes Urzędu dokonał analizy występującego w niniejszej sprawie kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do zawarcia przez POLMASS i AGRO-NETZWERK przedmiotowego porozumienia. Organ antymonopolowy uznał bowiem, że ze względu na występujące w sprawie płaszczyzny współpracy obu spółek, a także jednoczesną działalność POLMASS na kilku szczeblach rynków związanych z produkcją i sprzedażą pasz, w sprawie uzasadnione było dokonanie oceny porozumienia w sposób uwzględniający specyfikę powyższych relacji.
- (135) W szczególności za zasadne Prezes Urzędu uznał dokonanie oceny zawartego porozumienia z punktu widzenia jego **niezbędności dla podjęcia przez POLMASS i AGRO-NETZWERK współpracy jako takiej**. Współpraca między uczestnikami postępowania, w ramach której POLMASS produkowała na rzecz AGRO-NETZWERK preparaty mlekozastępcze dla bydła powoduje bowiem, że relacje rynkowe na niższym szczeblu obrotu mogą mieć istotne znaczenie dla bodźców producenta (POLMASS) do nawiązania współpracy w zakresie realizacji usług produkcyjnych PMZ na rzecz AGRO-NETZWERK, a więc podmiotu, z którym jednocześnie konkuruje na niższym szczeblu obrotu. W takiej sytuacji ograniczenia dotyczące zachowania na niższym szczeblu obrotu mogą (choć nie muszą) być niezbędne dla zapewnienia producentowi bodźców do nawiązania współpracy z dystrybutorem.

- (136) W praktyce unijnych instytucji antymonopolowych wykształciła się teoria tzw. ograniczeń akcesoryjnych (*ancillary restraints*), zgodnie z którą zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się do określonych, zamieszczonych w tych porozumieniach klauzul (które mogą ograniczać konkurencję), a które to klauzule są bezpośrednio związane i niezbędne do zawarcia oraz wykonywania porozumienia, które nie narusza prawa konkurencji. Powyższe sprawia, że aby klauzule można było uznać za zgodne z prawem należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że pozostają one w **bezpośrednim, funkcjonalnym związku z zasadniczym przedmiotem umowy**, a hipotetyczne istnienie porozumienia głównego bez tej klauzuli byłoby niemożliwe lub znacznie utrudnione²³.
- (137) **Cele ekonomiczne** nawiązania współpracy przez strony należy rozpatrywać w dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, cele te można określić mając na względzie perspektywę producenta (POLMASS), a po drugie, perspektywę odbiorcy produktów (AGRO-NETZWERK).
- (138) **Z punktu widzenia POLMASS jako producenta PMZ** zasadniczym celem podjęcia analizowanej współpracy była chęć zwiększenia wolumenu sprzedaży tej grupy produktowej. POLMASS posiada silną pozycję na rynku produkcji preparatów mlekozastępczych dla bydła. Ponadto, zauważalna jest mocna i stabilna pozycja tego przedsiębiorcy na szczelbu usług produkcyjnych w zakresie tej grupy pasz.
- (139) Takie ukształtowanie potencjału POLMASS na wskazanym rynku świadczy o tym, że przedsiębiorca ten posiada znaczne moce produkcyjne dzięki czemu jest w stanie pozyskiwać nowych klientów i realizować na ich rzecz stałe zamówienia obejmujące duże wolumeny PMZ. Tym samym, poprzez pozyskiwanie tzw. „instytucjonalnych” kontrahentów, POLMASS może zapewnić sobie stałą współpracę w zakresie realizacji produkcji dużych ilości preparatów paszowych na rzecz innych podmiotów. Ponadto, nawiązując współpracę zakładającą realizację na rzecz kontrahenta tego rodzaju usług POLMASS dążyła do jak najbardziej efektywnego wykorzystania potencjału produkcyjnego swojego przedsiębiorstwa, maksymalizując tym samym rentowność prowadzonej działalności.
- (140) Produkowane na zlecenie preparaty w ramach ww. kanału usług produkcyjnych sprzedawane są odbiorcom po cenie niższej, aniżeli POLMASS mogłaby otrzymać w przypadku sprzedaży tych samych produktów pod swoją marką. Różnice te mogły być jednak bilansowane niższymi kosztami dystrybucji produktów niż w przypadku sprzedaży hurtowej (np. do gospodarstw) oraz zwiększonym wolumenem sprzedaży (efekt skali). W ocenie Prezesa Urzędu, istotnym czynnikiem skłaniającym POLMASS do rozpoczęcia realizacji usług produkcyjnych na rzecz AGRO-NETZWERK była również chęć dywersyfikacji grona odbiorców, która pozwoliłaby na stabilizację poziomu sprzedaży i minimalizację negatywnych skutków na wypadek utraty niektórych z odbiorców.
- (141) **Z kolei po stronie AGRO-NETZWERK jako nabywcy** zasadniczym celem było pozyskanie dobrej jakości produktów, które mogą zostać włączone do oferty tego przedsiębiorcy. W ten sposób podmiot zlecający produkcję mógł rozszerzyć swoją

²³ Zob. decyzję Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M3149, Procter&Gamble/Wella, Dz. Urz. WE C 195/6 z 2003 r.

ofertę produktową i dzięki temu być obecnym na dodatkowym rynku produktowym - rynku sprzedaży PMZ. W konsekwencji nawiązania współpracy, AGRO-NETZWERK mogła jednocześnie uniknąć lub odłożyć w czasie inwestycje związane z uruchomieniem odpowiedniej linii produkcyjnej niezbędnej do wytwarzania we własnym zakresie przedmiotowych produktów. Wprowadzenie do oferty AGRO-NETZWERK nowych produktów paszowych pozwoliło zatem na rozszerzenie swojej oferty o nową grupę produktową, która w konsekwencji pozwalała na zaspokajanie szerszych asortymentowo potrzeb klientów, którzy oczekują od dostawców oferowania im zróżnicowanych grup produktów, które będą mogli nabyć w jednym miejscu (u jednego dostawcy).

- (142) Producent pasz, będący zarazem ich dystrybutorem, rozważający produkcję i sprzedaż danych preparatów paszowych na zlecenie innego przedsiębiorcy, dokonuje wcześniej szacunków, jaki wpływ na jego wyniki sprzedażowe będzie miało pojawienie się na rynku w konsekwencji tej współpracy nowego konkurenta dystrybuującego podobne produkty (lub wzmocnienie oferty podmiotu obecnego już na rynku sprzedaży). Dodatkowa produkcja na zlecenie z jednej bowiem strony zwiększa przychody na wyższym szczeblu obrotu, z drugiej jednak może potencjalnie zmniejszać przychody na niższym szczeblu obrotu, w szczególności jeśli odbiorca produkcji na zlecenie będzie kierował swoją sprzedaż przede wszystkim do obecnych klientów producenta pasz. Tym samym producent pasz działający jednocześnie na szczeblu dystrybucji może mieć słabsze bodźce do produkcji na zlecenie na rzecz podmiotów funkcjonujących na niższym szczeblu obrotu niż miałyby to miejsce, gdyby nie był na tym szczeblu obecny.
- (143) W skrajnym - i zazwyczaj teoretycznym - przypadku produkcja na zlecenie może być dla producenta będącego jednocześnie dystrybutorem nieopłacalna. Będzie tak, przykładowo, jeśli produkcja taka wyłącznie zastąpi sprzedaż producenta na niższym szczeblu obrotu - zwiększenie sprzedaży na wyższym szczeblu obrotu wiązać się będzie z identycznym zmniejszeniem sprzedaży na szczeblu niższym. W takiej sytuacji niezbędne dla zapewnienia producentowi bodźców do nawiązania prokonkurencyjnej współpracy może być przyjęcie w umowie odpowiednich ograniczeń w zakresie konkurencyjności o jego dotychczasowych klientów na niższym szczeblu obrotu.
- (144) Analizując kwestionowane porozumienie w świetle powyższych rozważań zauważyć należy, że POLMASS nie stosowała co do zasady podobnego rodzaju uzgodnienia w ramach współpracy dot. usług produkcyjnych z innymi przedsiębiorcami, realizowanej w tym samym okresie, co rozpatrywane porozumienia. Wyjątkiem była jedynie współpraca właśnie z AGRO-NETZWERK oraz współpraca ze spółką EKOPŁON sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grabkach Dużych (relacje między EKOPŁON a POLMASS były kwestionowane w ramach odrębnego postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu²⁴). Na podstawie zebranego materiału dowodowego organ antymonopolowy ustalił, że POLMASS produkowała w 2017 r. preparaty mlekozastępcze dla

[tajemnica przedsiębiorstwa

POLMASS (11)].

²⁴ Zob. Decyzja Prezesa Urzędu Nr 7/2020 z dnia 7 sierpnia 2020 r.

- (145) Powyższe dowodzi, iż kwestionowane porozumienie zawarte przez POLMASS i AGRO-NETZWERK nie było niezbędne dla nawiązania i kontynuowania takiej współpracy - w przeciwnym wypadku nie istniałyby w obrocie umowy dot. usług produkcyjnych pozbawione klauzul ograniczających konkurencję na niższym szczeblu obrotu. Zatem, pomimo iż realizowanie usług produkcyjnych jest praktyką powszechną na rynku, na którym funkcjonuje POLMASS i dodatkowo przynoszącą pozytywne skutki rynkowe, to uzgodnienia o zakazie konkurencji będące przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego powszechnymi i niezbędnymi już zdecydowanie nie są.
- (146) Mając na względzie powyższe, Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zarzucane stronom w pkt I sentencji niniejszej decyzji **stanowi praktykę ograniczającą konkurencję ze względu na jego cel.**
- (147) Naturalną konsekwencją porozumienia POLMASS i AGRO-NETZWERK, jako porozumienia o podziale rynku, było bowiem wykreowanie części tego rynku, na których jeden z przedsiębiorców nie operuje. Porozumienie podziałowe w niniejszej sprawie służyło zatem określeniu "strefy wpływów" zaangażowanych w nie przedsiębiorców, tj. w stosunku do tych odbiorców, do których dostarcza swoje produkty jedna ze stron porozumienia, druga, zgodnie z porozumieniem, powinna powstrzymać się od prowadzenia sprzedaży.
- (148) Porozumienie prowadziło więc do eliminacji konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. W konsekwencji, uzgodnione ograniczenie zakresu swobody stron porozumienia w prowadzeniu działań sprzedażowych pozbawiło jednocześnie tych odbiorców, których ono dotyczyło, **możliwości wyboru wszystkich produktów oferowanych na rynku krajowym.** Ponadto, w takich przypadkach prawdopodobne są co do zasady sytuacje, w których odbiorcy (tu: PMZ) nie mają rzeczywistych możliwości uzyskania produktów po cenach, które mogliby uzyskać przy braku przedmiotowego porozumienia konkurentów.
- (149) Jak wykazała przeprowadzona analiza, zawarte porozumienie dot. zobowiązania do zaprzestania konkurencji pomiędzy POLMASS i AGRO-NETZWERK nie było warunkiem koniecznym do rozpoczęcia współpracy w zakresie produkcji PMZ na rzecz AGRO-NETZWERK.

7. Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (150) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:
- zasada *de minimis* - wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
 - wyłączenia grupowe - na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
 - wyłączenia indywidualne - na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

7.2. Reguła *de minimis*

- (151) W art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, tj. do porozumień, których przedmiotem jest podział rynku.
- (152) Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określającą zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

7.3. Wyłączenia grupowe

- (153) Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści, jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wydanych w oparciu o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a rozpatrywane w przedmiotowej sprawie porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.
- (154) Niemniej jednak, z uwagi na fakt, że POLMASS w toku niniejszego postępowania antymonopolowego w ramach przedłożonych Prezesowi Urzędu stanowisk w sprawie przedstawiała argumentację, zgodnie z którą porozumienie będące przedmiotem niniejszej sprawy podlegało wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, Prezes Urzędu odniesie się do tych stanowisk poniżej.

7.3.1. Brak przesłanek do zastosowania wyłączeń grupowych

- (155) POLMASS w swoich stanowiskach wskazywała, że zarzucane w niniejszej sprawie porozumienie podlega wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję z dnia 30 marca 2011 r. (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1012, dalej jako: „rozporządzenie”). W opinii strony postępowania, zastosowanie znajduje wyłączenie o którym mowa w § 11 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia, zgodnie z którym dopuszczalne jest ograniczenie aktywnej sprzedaży do określonego terytorium lub określonej grupy klientów zastrzeżonych dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem

wertykalnym. Zgodnie z twierdzeniami POLMASS ograniczenie sprzedaży przyjęte przez strony nie ograniczały POLMASS i AGRO-NETZWERK możliwości prowadzenia sprzedaży pasywnej (biernej). POLMASS wskazała także, że zastosowanie w niniejszej sprawie do rozpatrywanego porozumienia znajdzie wyłączenie, o którym mowa w § 6 pkt 1 rozporządzenia, argumentując w tym kontekście, że POLMASS jest wytwórcą i dystrybutorem preparatów mlekozastępczych, a AGRO-NETZWERK jest dystrybutorem i nie jest konkurentem POLMASS na szczeblu produkcji preparatów mlekozastępczych.

- (156) W odniesieniu do przedstawionej w toku postępowania antymonopolowego argumentacji dot. wyłączenia przedmiotowych porozumień spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie rozporządzenia, Prezes Urzędu stwierdził, że brak jest przesłanek do zastosowania ww. rozporządzenia w niniejszej sprawie.
- (157) Przedmiotowe rozporządzenie zawiera określone wymogi, których spełnienie jest konieczne, aby na podstawie jego przepisów zakaz przewidziany w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie miał zastosowania do danego porozumienia. Proces analizy możliwości skorzystania przez porozumienie, które *prima facie* narusza zakaz zawarty w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z wyłączenia na podstawie przywołanego rozporządzenia dzieli się na kilka etapów. Po pierwszym etapie, w ramach którego ustalenia wymaga możliwość zaklasyfikowania analizowanego porozumienia jako wertykalnego w rozumieniu § 2 pkt 2 należy zweryfikować spełnienie warunków szczególnych w § 8 i § 9 ww. rozporządzenia. Co istotne, w dalszej kolejności niezbędne jest zbadanie czy dane porozumienie nie zawiera klauzul, które nie podlegają wyłączeniu bez względu na spełnienie szczególnych warunków wyłączenia. W tym kontekście zaznaczyć należy, że § 11 (oraz § 11a) wertykalnego rozporządzenia wyłączającego wskazuje na tzw. *klauzule czarne*, których użycie w porozumieniu przesądza o braku objęcia całego porozumienia wyłączeniem blokowym.
- (158) W niniejszej sprawie, kluczowe znaczenie ma treść § 11 pkt 2 lit. b wertykalnego rozporządzenia wyłączającego, który to przepis - w ocenie organu antymonopolowego - wyklucza możliwość zastosowania w stosunku do porozumienia wskazanego w pkt I sentencji niniejszej decyzji - wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.
- (159) Przepis ten stanowi, że wyłączeniu nie podlegają porozumienia wertykalne, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu m.in. ograniczenie terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym. Tymczasem, porozumienie przedsiębiorców kwestionowane w niniejszej decyzji zakładało właśnie ograniczenie kręgu odbiorców, do których sprzedawać mogą produkty oba podmioty. Porozumienie tego rodzaju, które klasyfikuje się jako wskazywaną wyżej tzw. *klauzulę czarną* mogłoby podlegać wyłączeniu jedynie w przypadku spełnienia jednej z enumeratywnie wskazanych przesłanek w ww. przepisie (§ 11 pkt 2 a-e). W tym kontekście POLMASS podnosiła, iż przedmiotowe porozumienia nie ograniczały stronom możliwości biernej sprzedaży

produktów, a jedynie aktywnej sprzedaży do określonej grupy klientów zastrzeżonej dla dostawcy.

- (160) Na podstawie ustalonego stanu faktycznego w sprawie Prezes Urzędu stwierdził, że zarzucane stronom porozumienie nie miało na celu jedynie ograniczenia drugiej stronie możliwości prowadzenia aktywnych działań sprzedażowych, ale również zabraniało dokonywania sprzedaży biernej produktów, tj. w przypadku kiedy to inicjatywa zakupu produktów (PMZ) pochodziła od potencjalnego odbiorcy.
- (161) Okoliczność ta znajduje poparcie w zgromadzonym w toku postępowania antymonopolowego materiale dowodowym. Zakaz konkutowania został ustalony przez strony w sposób szeroki i obejmował zarówno zakaz podejmowania **działań aktywnych**, tj. działań zmierzających do pozyskania nowych odbiorców, ale **także działań pasywnych**, tj. dokonywania sprzedaży do odbiorców drugiego z kontrahentów, w przypadku gdy odbiorcy wyrazili zainteresowanie zakupem danych pasz. W sprawie nie występują natomiast okoliczności, które mogłyby świadczyć, że strony dopuszczały wyjątek od przyjętej zasady o niekonkurowaniu w przypadku kiedy to odbiorca sam wyraził chęć współpracy. Przeciwnie, materiał dowodowy, w tym w szczególności sposób komunikowania przez strony przyjętej zasady świadczy o tym, że uzgodniony zakaz obejmował zarówno działania podejmowane z inicjatywy strony porozumienia, jak również sprzedaż dokonywaną w związku z wyrażeniem zainteresowania ofertą POLMASS lub AGRO-NETZWERK przez potencjalnego odbiorcę. Przykładowo, Prezes POLMASS w jednej z wiadomości wskazywał, iż zabronionym nie jest wyłącznie „oferowanie” produktów drugiej strony, ale także już ich sama „sprzedaż” (niezależnie od kogo propozycja współpracy wychodzi) - wiadomość email POLMASS do AGRO-NETZWERK z dnia 24.10.2012.
- (162) Z uwagi na powyższe, w kontekście treści § 11 pkt 2 rozporządzenia, w opinii Prezesa Urzędu, ww. rozporządzenia nie powinno znajdować zastosowanie w niniejszej sprawie.
- (163) W konsekwencji stwierdzić należy, że bez znaczenia pozostaje przy tym przedstawiana przez POLMASS argumentacja, zgodnie z którą do rozpatrywanego porozumienia zastosowanie znajdzie wyłączenie, o którym mowa w § 6 pkt 1 ww. rozporządzenia. Skutkiem bowiem zastosowania w porozumieniu najcięższych ograniczeń konkurencji wskazanych w § 11 rozporządzenia jest brak objęcia go zakresem wyłączenia w całości i to bez względu na to czy spełnia ono inne jego warunki. U podstaw zastosowania przyjętego w rozporządzeniu rozwiązania prawnego stoi bowiem przekonanie, że w świetle praktycznych doświadczeń związanych ze stosowaniem prawa konkurencji, ewentualne pozytywne skutki rynkowe takich porozumień, zasadniczo nie są w stanie zrównoważyć ich skutków negatywnych. Jak stwierdzono powyżej, zarzucane porozumienie w istocie miało charakter podmiotowego ograniczenia sprzedaży (podmiotowego podziału rynku), w ramach którego strony ustaliły zakaz sprzedaży PMZ - zarówno aktywnej jak pasywnej - określonym grupom odbiorców. W wyniku tego rodzaju uzgodnień może dojść zarówno do ograniczenia konkurencji cenowej oraz do podziału rynków lub dyskryminacji.

- (164) W związku z powyższym, biorąc pod uwagę opisany powyżej charakter zarzucanego porozumienia tożsamy z treścią klauzuli wskazanej w art. § 11 pkt 2 rozporządzenia Prezes Urzędu uznał, że analiza ewentualnego spełnienia przez porozumienie przesłanek wskazanych w § 6 pkt 1 ww. rozporządzenia jest w niniejszej sprawie nieuzasadniona.

7.4. Wyłączenia indywidualne

- (165) Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia następujące warunki:

- przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów,

spoczywa na przedsiębiorcy (strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy), co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

8. Kary pieniężne

- (166) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 u.o.k.k., w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 u.o.k.k.
- (167) Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), ale także prewencyjną i dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., kara pieniężna za naruszenie zakazu określonego w art. 6 u.o.k.k. może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie.
- (168) Okoliczności stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia, w tym przede wszystkim fakt, że było ono naruszeniem bardzo poważnym i dotyczącym podziału rynku, uzasadniają skorzystanie przez Prezesa Urzędu z uprawnienia do nakładania na przedsiębiorców kar pieniężnych za naruszenie art. 6 u.o.k.k.
- (169) Naruszenie reguł konkurencji ma charakter umyślny w przypadku gdy strona stosując praktykę zmierza do ograniczenia konkurencji. W niniejszym przypadku, jak

wykazano wyżej, strony, zawierając przedmiotowe porozumienie zmierzały do ograniczenia konkurencji.

- (170) Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie ww. przestanki, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość posiadać²⁵. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego należy również uznać, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych²⁶. Istotne znaczenie ma także stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który przyjął, że nie jest możliwe, aby przedsiębiorca o znacznej renomie i długim okresie funkcjonowania na rynku nie zdawał sobie sprawy ze swoich czynności²⁷.
- (171) Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu stwierdził, że objęte zakresem niniejszej decyzji naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. przez POLMASS oraz AGRO-NETZWEK miało charakter umyślny, a co za tym idzie spełniało przesłankę „choćby nieumyślnego” naruszenia reguły konkurencji.
- (172) Dokonując powyższej oceny, Prezes Urzędu wziął pod uwagę przede wszystkim fakt, że strony postępowania są profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego od wielu lat. Podmioty te posiadały zatem (powinny były posiadać) wiedzę prawną i ekonomiczną, umożliwiającą im rozpoznanie swoich działań jako naruszających reguły konkurencji.

8.2. Wysokość kar pieniężnych

- (173) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu działał w oparciu o art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., zgodnie z którym wysokość nakładanej przez organ ochrony konkurencji na przedsiębiorcę kary pieniężnej nie może przekraczać 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zarazem Prezes Urzędu zastosował art. 111 u.o.k.k., nakazujący by przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych uwzględniać w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Przy ustalaniu maksymalnych wysokości nakładanych kar pieniężnych, Prezes Urzędu wziął pod uwagę wysokość obrotów osiągniętych przez adresatów decyzji w 2019 r. Wysokość tych przychodów potwierdzają informacje zawarte w przedłożonych przez strony postępowania dokumentach.

Dowody: pismo AGRO-NETZWERK z dnia 29 października 2020 r., k. 1123-1132.
pismo POLMASS z dnia 4 listopada 2020 r., k. 1134-1155.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. XVII AmA 62/08, niepubl.

- (174) W 2019 r. POLMASS oraz AGRO-NETZWERK osiągnęły obrót odpowiednio w wysokości 63 404 253,70 zł oraz 20 327 890,34 zł. Maksymalny wymiar kary w odniesieniu do każdego z naruszeń w niniejszej sprawie wynosił zatem: w przypadku POLMASS: 6 340 425,37 zł, a w przypadku AGRO-NETZWERK: 2 032 789,03 zł.
- (175) Ponadto ustalono, że w 2019 r. POLMASS osiągnęła obrót związany ze sprzedażą PMZ w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa POLMASS (12)]. AGRO-NETZWERK natomiast w tym samym roku osiągnęła obrót związany ze sprzedażą PMZ w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa AGRO-NETZWERK (7)]
- (176) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu kieruje się normatywnymi przesłankami ustalania wysokości kar pieniężnych wymienionymi w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz dodatkowo regułami wypracowanymi w orzecznictwie sądowym. Prezes Urzędu dokonując wyliczenia wysokości kar stosuje opublikowane na stronie internetowej Urzędu „Wyjaśnienia dotyczące ustalania kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”. Przedstawiona w nich metodologia ustalania kar została oparta na normatywnych przesłankach ustalania kar i dotychczasowym dorobku orzecznictwa w sprawach antymonopolowych.
- (177) Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: „Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także (...) okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz (...) specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.”

8.2.1. Natura naruszenia

- (178) Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenie wskazane w pkt I niniejszej decyzji Prezes Urzędu zakwalifikował do kategorii naruszeń **bardzo poważnych**, bowiem jest nim porozumienie zawarte między konkurentami na krajowym rynku sprzedaży (wprowadzania do obrotu) PMZ dla bydła. Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że decyduje ona o wysokości kwoty wyjściowej (bazowej) będącej podstawą dla ustalenia wysokości kary. W przypadku bardzo poważnych naruszeń Prezes Urzędu jako kwotę wyjściową przyjmuje wartość od powyżej 1 % do 3 % obrotu przedsiębiorcy. W przedmiotowej sprawie kwota wyjściowa będąca podstawą dla ustalenia wysokości kar nałożonych na POLMASS i AGRO-NETZWERK została ustalona na poziomie **2 % obrotu**.
- (179) Porozumienie podziałowe zaliczane jest do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, zakazanych niezależnie od wielkości udziału w rynku właściwym stron porozumienia, wywołujących zazwyczaj niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję. Zaniechanie prowadzenia działań zmierzających do sprzedaży produktów paszowych oraz powstrzymanie się od sprzedaży tych produktów w przypadku otrzymania oferty ich zakupu przez odbiorców może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres

wyboru i jakość usług dostępnych dla odbiorców produktów oferowanych przez przedsiębiorców, czyli w szczególności hodowców bydła. W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, że ustalona na powyższym poziomie kwota wyjściowa odpowiada naturze przedmiotowego naruszenia.

8.2.2. Specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy oraz skutki rynkowe naruszenia

- (180) Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, działalności przedsiębiorcy, a także skutki rynkowe naruszenia. Kara powinna być bowiem dostosowana do stopnia natężenia negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji.
- (181) Prezes Urzędu w szczególności uwzględnił fakt, że na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła działa wielu przedsiębiorców i nie występują na nim istotne bariery wejścia. Wskazać w tym kontekście należy, że im mniej konkurencyjna jest dana branża, tym bardziej dotkliwe będą rzeczywiste skutki naruszenia. Jeśli zatem rynek jest skoncentrowany i oddzielony wysokimi barierami wejścia, skutki stosowania danej praktyki będą bardziej dotkliwe, ponieważ siły ograniczające swobodę działania uczestników naruszenia będą słabsze. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w odniesieniu do naruszenia na rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła. Ponadto, porozumienie obejmowało relatywnie niewielką część krajowego rynku sprzedaży PMZ, biorąc pod uwagę całkowitą sprzedaż realizowaną przez wszystkich uczestników rynku. Uwzględniając zatem powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku uznano, że uzasadnione jest obniżenie kar dla przedsiębiorców o 30%.

8.2.3. Okres naruszenia

- (182) Biorąc pod uwagę okres naruszenia Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków. Dla odzwierciedlenia wpływu okresu naruszenia na wysokość kary Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową w przypadku długotrwałych porozumień ograniczających konkurencję maksymalnie o 200%.
- (183) Niedozwolone porozumienie stwierdzone w pkt I niniejszej decyzji należy zaliczyć do porozumień długotrwałych (gdyż za takie uważane są naruszenia trwające dłużej niż rok), a co za tym idzie okres jego trwania na wpływ na wysokość kary. Porozumienie w zakresie sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła trwało od lipca 2010 r., kiedy to strony rozpoczęły współpracę oraz ustaliły warunki sprzedaży PMZ. Współpraca w zakresie produkcji PMZ przez POLMASS dla AGRO-NETZWERK trwała do kwietnia 2017 r., kiedy to AGRO-NETZWERK zaprzestał zakupów PMZ od POLMASS. Ze względu zatem na fakt, że porozumienie trwało przez długi okres Prezes Urzędu uznał, że uzasadnionym jest zwiększenie kwoty bazowej o 160 %.

8.2.4. Okoliczności łagodzące i obciążające

- (184) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu wziął pod uwagę także okoliczności łagodzące i obciążające (art. 111 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

- (185) Okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania, bierna rola przedsiębiorcy w naruszeniu zakazu oraz działanie pod przymusem (art. 111 ust. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).
- (186) Z kolei okolicznościami obciążającymi są w szczególności: rola lidera lub inicjatora porozumienia ograniczającego konkurencję lub nakłanianie innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu - w przypadku naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję, przymuszanie, wywieranie presji lub stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorców lub osób w celu wprowadzenia w życie lub kontynuowania naruszenia, dokonanie uprzednio podobnego naruszenia, umyślność naruszenia (art. 111 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).
- (187) W przypadku zarzucanego porozumienia, za okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uznał umyślny charakter stwierdzonego naruszenia²⁸. Z tego względu postanowiono zwiększyć karę o 10%. Jednocześnie organ antymonopolowy nie stwierdził zaistnienia w niniejszej sprawie okoliczności łagodzących.

Wysokość kar pieniężnych

- (188) Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przemawia za ustaleniem wysokości kar pieniężnych dla adresatów decyzji w następujących wymiarach:

Podmiot	Wysokość kar pieniężnych
POLMASS	2 538 706,00 zł
AGRO-NETZWERK	813 929,00 zł

- (189) W ocenie Prezesa Urzędu wskazane powyżej wysokości kar odzwierciedlają stopień, okres i okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- (190) Mając na względzie powyższe, a także przedstawione wcześniej uwagi szczegółowe, kary pozostają w ocenie Prezesa Urzędu zgodne z ustawowymi przesłankami wymiaru kar oraz konstytucyjną zasadą proporcjonalności. Kary te gwarantują zarazem istnienie efektu odstrasżającego, a co za tym idzie pozostają w zgodzie z zasadą skuteczności.
- (191) Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w punkcie III sentencji decyzji.

²⁸ Zob. akapit 170 niniejszej decyzji.

Odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

- (192) Art. 113 a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa możliwość złożenia przez przedsiębiorcę wniosku o odstąpienie od wymierzenia lub o obniżenie kary pieniężnej. Powyższa regulacja przewiduje, że przedsiębiorca, który współpracuje z Prezesem UOKiK w ujawnieniu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję jest traktowany łagodniej. To łagodniejsze traktowanie przejawia się w możliwości odstąpienia od wymierzenia kary albo obniżenia wymiaru nałożonej kary za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu.
- (193) Stosownie do art. 113 b ustawy Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2, na przedsiębiorcę, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy lub w art. 101 TFUE, w przypadku gdy przedsiębiorca ten jako pierwszy z uczestników porozumienia złożył wniosek zgodny z wymogami, określonymi w art. 113a ust. 2 oraz spełnił warunki określone w art. 113a ust. 3, 5 i 6 ustawy, przedstawił dowód wystarczający do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub informacje umożliwiające Prezesowi Urzędu uzyskanie takiego dowodu, albo (jak w niniejszej sprawie) jeżeli wniosek został złożony po wszczęciu postępowania antymonopolowego - dowód, który w istotny sposób przyczyni się do wydania decyzji, o której mowa w art. 10 ustawy oraz nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu - o ile Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie tych informacji lub dowodów.

Wniosek AGRO-NETZWERK w trybie art. 113 a ustawy

- (194) Po wszczęciu postępowania antymonopolowego do Prezesa Urzędu wpłynął skrócony wniosek AGRO-NETZWERK o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej w trybie art. 113 a ustawy. Był to pierwszy i jedyny wniosek, jaki wpłynął w analizowanej sprawie. Następnie AGRO-NETZWERK złożyła pismo uzupełniające ww. wniosek.
- (195) AGRO-NETZWERK przyznała, że uczestniczyła wspólnie z POLMASS w porozumieniu ograniczającym konkurencję na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła polegającego na podziale tego rynku oraz przedłożyła szereg informacji dotyczących zarzucanego porozumienia.
- (196) Uznawszy, że wstępna analiza wniosku oraz materiału dowodowego dostarczonego przez AGRO-NETZWERK wskazywała, że przedsiębiorca ten może spełniać warunki z art. 113 b ustawy, Prezes Urzędu zawiadomił o tym wnioskodawcę. Jednocześnie Prezes Urzędu poinformował tego przedsiębiorcę, że uznanie spełnienia warunków przewidzianych w tym przepisie będzie podlegać weryfikacji w toku prowadzonego postępowania antymonopolowego.
- (197) Należy wskazać, iż przedsiębiorca zgłosił się do organu antymonopolowego z przedmiotowym wnioskiem po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego. W chwili złożenia wniosku Prezes Urzędu nie posiadał w szczególności dowodów wystarczająco potwierdzających okoliczności w jakich doszło do zawarcia porozumienia oraz daty i okoliczności zakończenia jego obowiązywania. Z uwagi na powyższe, Prezes Urzędu oceniając, czy AGRO-

NETZWERK spełnił przesłanki do odstąpienia od nałożenia na niego kary za udział w sprzecznym z prawem konkurencji porozumieniu, wziął pod uwagę - stosownie do art.113 b - że wnioskodawca przedstawił Prezesowi UOKiK dowody w istotny sposób przyczyniające się do wydania decyzji.

- (198) Wniosek złożony przez tego przedsiębiorcę spełniał wszystkie wymogi formalne wniosku o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej. Ponadto AGRO-NETZWERK spełnił pozostałe warunki, tj. nie ujawnił zamiaru złożenia wniosku, współpracował z Prezesem Urzędu w pełnym zakresie od złożenia wniosku, w szczególności na żądanie Prezesa UOKiK dostarczał niezwłocznie wszelkie posiadane informacje dotyczące porozumienia. AGRO-NETZWERK nie nakłaniał także innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.
- (199) Przedstawione przez AGRO-NETZWERK informacje spełniają wymóg zawarty w art. 113 b pkt 2) ustawy, ponieważ w istotny sposób przyczyniły się do wydania decyzji w niniejszej sprawie.. Ustalając znaczenie dowodów przedłożonych przez przedsiębiorcę, organ antymonopolowy uwzględnia ich wartość i moc dowodową, w kontekście całości materiału dowodowego, który znajdował się przed rozpoczęciem współpracy w posiadaniu Prezesa Urzędu.
- (200) Reasumując, w opinii Prezesa Urzędu, AGRO-NETZWERK spełnił wszystkie przesłanki odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, o którym mowa w art. 113b ustawy, która to kara zostałaby na niego nałożona w przypadku braku współpracy w ramach programu łagodzenia kar.
- (201) Wobec wszystkich powyższych okoliczności Prezes Urzędu odstąpił od nałożenia kary na AGRO-NETZWERK.
- (202) W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.

9. Koszty postępowania

- (203) Zgodnie z art. 77 ust. 1 u.o.k.k., jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 80 u.o.k.k., Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.
- (204) Z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 u.o.k.k. Wobec wyrażonego w art. 83 u.o.k.k. generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 i 695) należy przyjąć, że zakres tych kosztów wyznacza art. 263 §1 kodeksu postępowania administracyjnego. Ty samym, do kosztów postępowania należy zaliczyć: (i) koszty podróży i inne należności świadkowi biegłym oraz stronom; (ii) koszty doręczania stronom pism procesowych; (iii) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy.
- (205) W punkcie I sentencji decyzji stwierdzono stosowanie przez strony praktyk ograniczających konkurencję zakazanych na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. Na koszty Prezesa Urzędu w niniejszym postępowaniu składają się wydatki

w kwocie 462 zł (słownie: czterysta sześćdziesiąt dwa złote), które związane były z dostarczaniem przedsiębiorcom w ramach niniejszego postępowania przesyłek pocztowych.

- (206) W związku z tym postanowiono obciążyć:
- a) POLMASS kosztami w wysokości 231 zł (słownie: dwieście trzydzieści jeden złotych), na które składają się koszty doręczenia stronie listów,
 - b) AGRO-NETZWERK kosztami w wysokości 231 zł (słownie: dwieście trzydzieści jeden złotych), na które składają się koszty doręczenia stronie listów.
- (207) Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w punkcie V sentencji.
- (208) Koszty postępowania należy uiszczyć w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**. Przy dokonywaniu wpłaty należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.
- (209) Stosownie do treści art. 81 ust. 1 u.o.k.k. w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- (210) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 755), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł.
- (211) Zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.
- (212) Zgodnie z art. 105 ust. 1 zd. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.
- (213) Stosownie do treści art. 117 § 1 k.p.c. strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Zgodnie z art. 117 § 3 k.p.c. osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (214) Zgodnie z art. 117 § 4 k.p.c. wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony
Konkurencji o Konsumentów w
Bydgoszczy
Piotr Adamczewski