



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

Bydgoszcz, dnia 5 sierpnia 2020 r.

RBG.410.510.16.BS

[WERSJA JAWNA]

Decyzja nr RBG - 7/2020

Stosownie do art. 33 i art. 34 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086) w zw. z § 14 pkt 1 statutu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stanowiącego załącznik do zarządzenia nr 272 Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2019 r. w sprawie nadania statutu Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów (M.P. poz. 1198 oraz z 2020 r. poz. 498), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- 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
 - EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużychporozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła polegającego na podziale tego rynku.
- II. 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
 - EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużychporozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła polegającego na podziale tego rynku.
- III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nakłada się kary pieniężne 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:
 - 1) 2 396 681,00 zł (słownie: dwa miliony trzysta dziewięćdziesiąt sześć tysięcy sześćset osiemdziesiąt jeden złotych 00/100) na POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy,
 - 2) 6 340 000,00 zł (słownie: sześć milionów trzysta czterdzieści tysięcy złotych 00/100) na EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych,

- płatne do budżetu państwa.
- IV. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nakłada się kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 3 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie II sentencji niniejszej decyzji w wysokości:
- 1) 2 307 915,00 zł (słownie: dwa miliony trzysta siedem tysięcy dziewięćset piętnaście złotych 00/100) na POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy,
 - 2) 6 105 185,00 zł (słownie: sześć milionów sto pięć tysięcy sto osiemdziesiąt pięć złotych 00/100) na EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych,
- płatne do budżetu państwa.
- V. 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 i 695) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciąża się kosztami niniejszego postępowania w wysokości
- 1) 143,90 zł (słownie: sto czterdzieści trzy złote dziewięćdziesiąt groszy) - POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy,
 - 2) 122,40 zł (słownie: sto dwadzieścia dwa złote czterdzieści groszy) - EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych.

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 EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych (dalej również jako: **EKOPLON**), 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-86/2016 wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez POLMASS

spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy oraz EKOPŁON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych 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 oraz w związku z podejrzeniem zawarcia przez POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy oraz EKOPŁON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych 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**) oraz mieszankami mineralno-witaminowymi dla bydła (dalej również jako: **MMW**).
- (6) Strony - POLMASS oraz EKOPŁON w toku postępowania przedstawiały swoje stanowiska w przedmiocie stawianych zarzutów, 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. 145-161 oraz k. 165-167), zawierającym jednocześnie wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej, w piśmie z dnia 12 lutego 2018 r. (k. 1238-1243) oraz w piśmie z 30 kwietnia 2018 r. (k. 1264-1266). EKOPŁON przedstawiła natomiast swoje stanowisko m.in. w piśmie: z dnia 10 marca 2017 r. (k. 240-251).
- (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 piśmie z dnia 12 października 2018 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom postępowania Szczegółowe uzasadnienie zarzutów (dalej również jako: „**SUZ**”) (k. 1333-1353). Dokument ten stanowił formę zapowiedzi, jakim rozstrzygnięciem Prezes Urzędu planuje zakończyć postępowanie w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W SUZ został przedstawiony ustalony stan faktyczny oraz zaprezentowana jego ocena prawna. Prezes Urzędu wskazał, że planuje wydać decyzję stwierdzającą zawarcie przez POLMASS oraz EKOPŁON porozumień ograniczających konkurencję, o jakich mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz nałożyć kary pieniężne. Strony postępowania zostały poinformowane w SUZ o możliwości odniesienia się do przedstawionych w nim twierdzeń i zamierzeń Prezesa Urzędu.

- (9) W odpowiedzi na pismo Prezesa UOKiK - Szczegółowe uzasadnienie zarzutów-POLMASS przedstawiła swoje stanowisko w dniu 9 listopada 2018 r. (k. 1375-1395).
- (10) W dniu 10 marca 2019 r. Prezes UOKiK zakończył zbieranie materiału dowodowego w niniejszej sprawie i wezwał strony postępowania do ustosunkowania się do całości zgromadzonego materiału w sprawie.
- (11) Strony zapoznały się z materiałem dowodowym zgromadzonym w toku postępowania antymonopolowego (EKOPLON w dniu 8 czerwca 2020 r., natomiast POLMASS w dniu 18 czerwca 2020 r.).
- (12) POLMASS przedstawiła swoje stanowisko w sprawie w piśmie z dnia 29 maja 2020 r. oraz 30 czerwca 2020 r. Ww. strona jednocześnie wniosła o przeprowadzenie rozprawy administracyjnej i przeprowadzenie dowodu z zeznań czterech świadków na okoliczności przebiegu spotkań przedstawicieli POLMASS i EKOPLON w latach 2008-2017, przebiegu wewnętrznych spotkań pracowników POLMASS i EKOPLON w tym okresie, oraz zasad i charakteru współpracy dotyczącej produkcji PMZ i MMW przez POLMASS i EKOPLON w ww. okresie.
- (13) EKOPLON przedstawił z kolei swoje stanowisko w piśmie z dnia 17 czerwca 2020 r.

Wnioski dowodowe POLMASS

- (14) POLMASS w stanowisku skierowanym do Prezesa Urzędu po zawiadomieniu ww. spółki o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w sprawie wniosła o przeprowadzenie rozprawy administracyjnej i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków **[informacje utajnione]** na okoliczności przebiegu spotkań przedstawicieli POLMASS i EKOPLON w latach 2008-2017, przebiegu wewnętrznych spotkań pracowników POLMASS i EKOPLON w tym okresie, oraz zasad i charakteru współpracy dotyczącej produkcji PMZ i MMW przez POLMASS i EKOPLON w ww. okresie.
- (15) W toku postępowania antymonopolowego, jak również w końcowym stanowisku z dnia 29 maja 2020 r. POLMASS kwestionowała ustalenia Prezesa Urzędu dotyczące charakteru wspólnych spotkań pracowników obu spółek oraz motywacji podejmowanych działań dyscyplinujących przez pracowników POLMASS, których dotyczą zgromadzone przez organ antymonopolowy dowody z korespondencji z czasu trwania współpracy.
- (16) Prezes Urzędu, prowadząc postępowanie antymonopolowe, kierował się zasadą prawdy obiektywnej wyrażonej w art. 7 k.p.a., zgodnie z którą organy administracji publicznej dążą do dokładnego i wszechstronnego wyjaśnienia stanu faktycznego. Organ antymonopolowy uznał w niniejszej sprawie, że uwzględnienie wniosku POLMASS o przeprowadzenie rozprawy administracyjnej oraz dowodów z zeznań świadków spowodowałoby nieuzasadnione przedłużenie postępowania. Wskazać przy tym należy, że okoliczność przebiegu wewnętrznych spotkań pracowników POLMASS i EKOPLON, jak również spotkań dwustronnych, ich częstotliwości oraz charakteru, a także zasad i charakteru współpracy obu spółek było już przedmiotem m.in. zeznań złożonych w toku postępowania antymonopolowego w ramach rozprawy administracyjnej w dniu 3 lipca 2017 r. przez świadka **[informacje**

utajnione] podczas rozprawy przeprowadzonej przed Sądem Rejonowym w Przeworsku w dniu 6 lipca 2017 r. w wyniku odezwy skierowanej przez Prezesa Urzędu. Dodatkowo, w materiale dowodowym znajdują się wyjaśnienia pracowników POLMASS i EKOPLON złożone w toku prowadzonych u tych przedsiębiorców przeszukań, jak również liczne dowody z korespondencji między pracownikami obu spółek pozwalające na właściwą ocenę zachowań stron.

- (17) Okoliczności, na które POLMASS powołało przedmiotowe dowody pokrywają się zatem z okolicznościami, które były już przedmiotem czynności dowodowych przeprowadzonych przez organ antymonopolowy. Okoliczności przebiegu spotkań przedstawicieli POLMASS i EKOPLON, przebiegu wewnętrznych spotkań pracowników obu spółek oraz zasad i charakteru współpracy POLMASS i EKOPLON zostały ustalone w oparciu wiarygodne zeznania świadków będących pracownikami lub byłymi pracownikami POLMASS oraz EKOPLON. Nie było zatem, w ocenie organu antymonopolowego, obiektywnej potrzeby przeprowadzania dodatkowych dowodów z zeznań świadków wnioskowanych przez POLMASS.
- (18) Co istotne, POLMASS złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodów już po otrzymaniu informacji o zakończeniu zbierania materiału dowodowego, na końcowym etapie postępowania. Przeprowadzenie dowodu spowodowałoby zatem przedłużenie postępowania, a jednocześnie, z powyżej opisanych względów, nie byłoby przydatne dla ustalenia okoliczności istotnych w sprawie.

Ustalenia faktyczne

1. Strony postępowania

1.1. POLMASS spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy

- (19) POLMASS S.A. z siedzibą w Bydgoszczy jest spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000135920. Do przedmiotu działalności POLMASS należy m.in.:
- produkcja gotowej paszy dla zwierząt gospodarskich,
 - sprzedaż hurtowa zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt.
- (20) 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.
- (21) **[informacje utajnione]**
- (22) **[informacje utajnione]**

¹Marki produktów: **[informacje utajnione]**.

- (23) POLMASS prowadzi swoje działania sprzedażowe na terenie kraju w wyodrębnionych przez siebie regionach sprzedażowych. Działania prowadzone na każdym z ww. regionów **[informacje utajnione]**.
- (24) Pracę przedstawicieli handlowych oraz kierowników regionów w okresie trwania współpracy POLMASS i EKOPLON **[informacje utajnione]**.
- (25) Dystrybucja krajowa odbywa się głównie za pośrednictwem **[informacje utajnione]**
- (26) POLMASS w kanale produkcji PMZ na zlecenie współpracuje z **[informacje utajnione]** grupą kontrahentów (w tym, w okresie trwania zarzucanej praktyki, również z EKOPLON).
- (27) **[informacje utajnione]**

Dowody:

- *Notatka z dnia 18 kwietnia 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) **[informacje utajnione]** w toku przeszukania POLMASS (k. 44-45).*
- *Notatka z dnia 18 kwietnia 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) **[informacje utajnione]** w toku przeszukania POLMASS (k. 48-50).*
- *Notatka z dnia 18 kwietnia 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) **[informacje utajnione]** w toku przeszukania POLMASS (k. 53-54).*
- *Protokół z dnia 3 lipca 2017 r. z rozprawy administracyjnej - zeznania świadka **[informacje utajnione]** (k. 902).*
- *Protokół z dnia 3 lipca 2017 r. z rozprawy administracyjnej - zeznania świadka **[informacje utajnione]** (k. 909-910).*

1.2. EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych

- (28) EKOPLON sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grabkach Dużych jest spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000565468. Do przedmiotu działalności EKOPLON należy m.in.:
- produkcja gotowej paszy dla zwierząt gospodarskich,
 - produkcja nawozów i związków azotowych,
 - sprzedaż hurtowa zboża, nieprzetworzonego tytoniu, nasion i pasz dla zwierząt.
- (29) EKOPLON jest producentem oraz sprzedawcą produktów wykorzystywanych do produkcji rolnej oraz środków żywienia zwierząt gospodarczych. Produkty sprzedawane są na terenie całej Polski, ale również **[informacje utajnione]**.
- (30) W odróżnieniu od POLMASS, EKOPLON posiada szeroki zakres działalności, zajmując się jednocześnie produkcją oraz sprzedażą nawozów dolistnych, nawozów

krystalicznych, a także pasz dla trzody, bydła oraz drobiu. W zakresie pasz dla bydła ww. spółka produkuje głównie [informacje utajnione].

- (31) [informacje utajnione]
- (32) System dystrybucji EKOPLON był zasadniczo [informacje utajnione]. W szczególności, działania sprzedażowe w zakresie produktów przeznaczonych do żywienia bydła [informacje utajnione].
- (33) Spółka EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych, zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, powstała w wyniku przekształcenia formy prawnej EKOPLON spółka akcyjna z siedzibą w Grabkach Dużych w EKOPLON HANDLOWY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych (obecnie - w wyniku zmiany nazwy komplementariusza - EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Grabkach Dużych²).
- (34) Do reprezentowania spółki upoważniony jest komplementariusz tj. EKOPLON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grabkach Dużych.

Dowody:

- *Notatka z dnia 29 listopada 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) [informacje utajnione] w toku przeszukania EKOPLON (k. 86-88).*
- *Protokół z dnia 6 lipca 2017 r. z rozprawy przeprowadzonej przed Sądem Rejonowym w Przeworsku z odezwy Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zeznania świadka [informacje utajnione] (k. 267-268).*

2. Produkty

2.1. Preparaty mlekozastępcze dla bydła

- (35) 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.
- (36) 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.

² Zmiana na podstawie wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 18.12.2015 r.

- (37) 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 weterynarii³.
- (38) 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 wykroczenia⁴. 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.
- (39) Opakowania, w których sprzedawane są preparaty mlekozastępcze muszą być ponadto, zgodnie z obowiązującym prawem, każdorazowo oznaczone weterynaryjnym numerem identyfikacyjnym (alfa).
- (40) Nie jest natomiast wymagane wskazywanie nazwy, ani innych danych identyfikujących producenta⁵. 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).
- (41) 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.

2.2. Mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła

- (42) Mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła (zwane czasem dodatkami mineralno-witaminowymi) to specjalne mieszanki zawierające witaminy, aminokwasy, związki mineralne oraz stymulatory wzrostu (dodatków paszowych). Pozwalają one na uzupełnienie niedoborów makro i mikroelementów oraz witamin.
- (43) Są one mieszankami wysokoskoncentrowanymi nienadającymi się do bezpośredniego podania bydłu, a jedynie służą do produkcji pasz pełnoporcjowych we własnym gospodarstwie. Mogą zawierać w swoim składzie dodatki funkcyjne takie jak: żywe kultury drożdży czy beta karoten. Mieszanki mineralno-witaminowe stanowią komponent bardzo skoncentrowany, o czym świadczy fakt, że w sporządzanej przy ich użyciu paszy treściwej, stanowią one ok. 1%. Do wytworzenia mieszanek mineralno-witaminowych wykorzystuje się tzw. premiksy, z których następnie uzyskiwany jest finalny produkt.

³ 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).

⁴ Art. 53 pkt 14 ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o paszach (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 269).

⁵ § 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.).

- (44) W ofertach producentów tego rodzaju pasz znajdują się różne rodzaje mieszanek mineralno-witaminowych różniących się od siebie składem. Od mieszanek mineralno-witaminowych odróżnić należy koncentraty, których udział w powstającej mieszance treściwej wynosi zwykle ok. 20%.
- (45) Produkcja mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła podlega konieczności rejestracji lub zatwierdzenia przez właściwego terytorialnie powiatowego lekarza weterynarii.
- (46) 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 wykroczenia. Wykaz wszystkich podmiotów sektora paszowego, w tym także producentów mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła jest aktualizowany na bieżąco i dostępny na stronie internetowej, administrowanej przez Główny Inspektorat Weterynarii.
- (47) Opakowania, w których sprzedawane są mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła muszą być ponadto, zgodnie z obowiązującym prawem, każdorazowo oznaczone weterynaryjnym numerem identyfikacyjnym (alfa), nie jest natomiast wymagane wskazywanie nazwy, ani innych danych identyfikujących producenta.
- (48) Wynika z tego, iż mieszanka mineralno-witaminowa produkowana przez przedsiębiorcę X a sprzedawane pod marką i z etykietą przedsiębiorcy Y musi być oznaczona numerem alfa tego pierwszego (tak jak w przypadku wszystkich pasz dystrybuowanych na polskim rynku, jak również na rynku wspólnotowym).

3. Rynki produkcji i sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła oraz produkcji i sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła

- (49) Na rynkach produkcji i sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła oraz mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła wyróżnić można kilka szczebli obrotu.
- (50) Jako pierwszy wyodrębnić można szczebel, na którym przedsiębiorcy produkują i sprzedają (lub jedynie sprzedają) pasze 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.
- (51) W wyniku takiej współpracy przedsiębiorcy paszowi uzupełniają swoją ofertę o nowe produkty i stają się konkurentami względem swoich dostawców, którzy również najczęściej wprowadzają do obrotu pod swoją marką pasze danego rodzaju (zwłaszcza preparaty mlekozastępcze, których wytworzenie jest relatywnie skomplikowane).
- (52) 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.

- (53) Na rynku występują również sytuacje, w których podmioty zlecają innym przedsiębiorcom wytwarzanie jedynie komponentu do produkcji danego preparatu paszowego. Jako przykład takiej współpracy wskazać można realizowaną do 2015 r. przez EKOPLON produkcję na rzecz POLMASS tzw. przedmieszek do produkcji MMW.
- (54) Co istotne, na opisywanym szczeblu rynku funkcjonują także podmioty, które nie będąc producentem danych produktów paszowych zajmują się ich zakupem od producentów oraz jego dalszą odsprzedażą (bez opakowania) do podmiotów, które następnie sprzedają je pod swoją marką m.in. do gospodarstw rolnych, punktów dealerskich, sklepów rolniczych itd.
- (55) Następnym szczeblem to **szczebel sprzedaży preparatów mlekozastępczych/mieszanek mineralno-witaminowych** (niezależnie od tego, czy sprzedawca jest ich producentem) obejmujący sprzedaż hurtową ww. produktów paszowych bezpośrednio 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. W ramach tego szczebla dochodzi zatem do rzeczywistego wprowadzania produktów danego rodzaju na rynek.
- (56) 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 sprzedają produkty opatrzone swoim logo (nie prowadzą sprzedaży produktów opatrzonych logo innych producentów).
- (57) Najniższym szczeblem obrotu jest **szczebel detalicznej sprzedaży preparatów mlekozastępczych/mieszanek mineralno-witaminowych**, obejmujący odsprzedaż w skali detalicznej produktów wprowadzonych do obrotu w ramach ww. rynku sprzedaży PMZ lub MMW. 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.
- (58) Mając na względzie przedstawioną strukturę szczebli obrotu produktami paszowymi należy zauważyć, że występują sytuacje, w których podmioty, które współpracują ze sobą na wyższym szczeblu obrotu (w zakresie usług produkcyjnych) są dla siebie na tym rynku kontrahentami (dostawca-odbiorca) natomiast na szczeblu niższym (rynek sprzedaży) oferując odbiorcom produkty podobnego rodzaju działają jako konkurenci.
- (59) Przykładowo, niezależnie od tego, że w relacjach handlowych „dostawca-odbiorca” dwóch spółek, w ramach których jedna z nich 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.

- (60) 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 PMZ na obszarze Polski funkcjonowało natomiast 43 przedsiębiorców, którzy wprowadzali produkty tego rodzaju do obrotu.
- (61) 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 na obszarze Polski PMZ w 2016 r.

	Liczba podmiotów	Wielkość produkcji/sprzedaży PMZ (t)
Produkcja PMZ	13	[informacje utajnione]
Usługi produkcyjne PMZ	17	[informacje utajnione]
Sprzedaż PMZ	43	[informacje utajnione]

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

- (62) Jeśli chodzi o produkcję mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła to w Polsce w 2016 r. była ona prowadzona przez 34 podmioty - przedsiębiorców paszowych. Sprzedaż MMW prowadziły w badanym okresie 54 podmioty, co podobnie jak w przypadku preparatów mlekozastępczych dla bydła, w szczególności wynika z faktu, że część przedsiębiorców wprowadzających do obrotu MMW opatrzone jego znakiem towarowym, zleca produkcję innym podmiotom lub odkupuje od innych podmiotów mieszanki w celu ich sprzedaży pod swoją marką.

Tabela nr 2. Produkcja i sprzedaż na obszarze Polski MMW w 2016 r.

	Liczba podmiotów	Wielkość produkcji/sprzedaży MMW (t)
Produkcja MMW	34	[informacje utajnione]
Sprzedaż przedhurtowa MMW	21	[informacje utajnione]
Sprzedaż hurtowa MMW	54	[informacje utajnione]

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

4. Udziały stron postępowania na różnych szczeblach rynkowych

- (63) W wyniku przeprowadzonego badania produkcji oraz sprzedaży w Polsce preparatów mlekozastępczych dla bydła oraz mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła określono udziały poszczególnych przedsiębiorców na kolejnych szczeblach rynkowych.
- (64) W celu rzetelnego oszacowania poszczególnych udziałów przedsiębiorców wyodrębniono przede wszystkim 3 kategorie danych w odniesieniu do preparatów mlekozastępczych dla bydła i mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła w 2015 i 2016 roku:
- wielkość krajowej produkcji,
 - wielkość krajowych usług produkcyjnych⁶,
 - wielkość krajowej sprzedaży⁷.

4.1. Produkcja i sprzedaż preparatów mlekozastępczych dla bydła

4.1.1. Produkcja preparatów mlekozastępczych dla bydła

- (65) Struktura krajowej produkcji preparatów mlekozastępczych dla bydła przedstawiona została w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o największej produkcji).

Tabela nr 3.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej produkcji PMZ w 2015 (%)	Udział w krajowej produkcji PMZ w 2016 (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]

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

⁶należy 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).

⁷należy rozumieć jako sprzedaż poszczególnych pasz przemysłowych dokonywaną przez przedsiębiorcę w ramach swojego systemu dystrybucji pod znakiem towarowym stanowiącym własność tego przedsiębiorcy.

4.1.2. Usługi produkcyjne preparatów mlekozastępczych dla bydła

(66) Strukturę krajowych usług produkcyjnych PMZ dla bydła w Polsce zrealizowanych przez badanych przedsiębiorców przedstawiono w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o najsilniejszej pozycji).

Tabela nr 4.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowych usługach produkcyjnych PMZ w 2015 r. (%)	Udział w krajowych usługach produkcyjnych PMZ w 2016 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]

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

4.1.3. Sprzedaż preparatów mlekozastępczych dla bydła

(67) 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).

Rok 2015

Tabela nr 5.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej sprzedaży PMZ w 2015 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]
	Wspólny udział POLMASS i EKOPLON	[informacje utajnione]

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

Rok 2016

Tabela nr 6.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej sprzedaży PMZ w 2016 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]
	Wspólny udział POLMASS i EKOPLON	[informacje utajnione]

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

4.2. Produkcja i sprzedaż mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła

4.2.1. Produkcja mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła

(68) Strukturę krajowego rynku produkcji mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła przedstawiono w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o największej produkcji).

Rok 2015.

Tabela nr 7.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej produkcji MMW w 2015 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]
	Wspólny udział POLMASS i EKOPLON	[informacje utajnione]

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

Rok 2016

Tabela nr 8.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej produkcji MMW w 2016 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]
	Wspólny udział POLMASS i EKOPLON	[informacje utajnione]

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

4.2.2. Usługi produkcyjne mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła

(69) Strukturę krajowych usług produkcyjnych MMW dla bydła w Polsce realizowanych przez badanych przedsiębiorców przedstawiono w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o najsilniejszej pozycji).

Rok 2015

Tabela nr 9.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowych usługach produkcyjnych MMW w 2015 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]

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

Rok 2016

Tabela nr 10.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowych usługach produkcyjnych MMW w 2016 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]
	Wspólny udział POLMASS i EKOPLON	[informacje utajnione]

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

4.2.3. Sprzedaż mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła

(70) Strukturę krajowej sprzedaży MMW dla bydła w Polsce zrealizowaną przez badanych przedsiębiorców przedstawiono w tabeli poniżej (wskazano jedynie przedsiębiorców o największej sprzedaży).

Rok 2015

Tabela nr 11.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej sprzedaży MMW w 2015 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]
	Wspólny udział POLMASS i EKOPLON	[informacje utajnione]

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

Tabela nr 12.

Lp.	Przedsiębiorca	Udział w krajowej sprzedaży MMW w 2016 r. (%)
1.	Przedsiębiorca 1	[informacje utajnione]
2.	Przedsiębiorca 2	[informacje utajnione]
3.	Przedsiębiorca 3	[informacje utajnione]
4.	Przedsiębiorca 4	[informacje utajnione]
5.	Przedsiębiorca 5	[informacje utajnione]
6.	Przedsiębiorca 6	[informacje utajnione]
7.	Przedsiębiorca 7	[informacje utajnione]
8.	Przedsiębiorca 8	[informacje utajnione]
9.	Przedsiębiorca 9	[informacje utajnione]
10.	Przedsiębiorca 10	[informacje utajnione]
	Wspólny udział POLMASS i EKOPLON	[informacje utajnione]

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

5. Współpraca POLMASS i EKOPLON

5.1. Ramy czasowe współpracy

- (71) Spółki POLMASS i EKOPLON rozpoczęły współpracę w 2008 r., kiedy to zawarta została **umowa ramowa z dnia 24 września 2008 r.** (dalej również jako: **umowa ramowa**). W pkt 1 ww. umowy zawarto postanowienie: „POLMASS i EKOPLON jako Partnerzy na mocy niniejszej umowy podejmują współpracę w zakresie produkowania i sprzedaży drugiej stronie różnych produktów, które będą dalej używane przez kupującego jako komponenty do produktów rynkowych lub będą gotowymi produktami rynkowymi. POLMASS i EKOPLON jako partnerzy podejmą współpracę także w zakresie preferencyjnego wzajemnego otwarcia dla siebie oferty na towary handlowe.”
- (72) Zgodnie z pkt 12 umowy ramowej, realizacja jej postanowień rozpoczęła się z dniem jej podpisania, natomiast w myśl pkt 11 umowa zawarta została na czas nieokreślony. W umowie zastrzeżono możliwość jej rozwiązania przez każdą ze stron **[informacje utajnione]** (pkt 13-16 umowy).

Dowód: Umowa ramowa zawarta pomiędzy POLMASS i EKOPLON z dnia 24 września 2008 r. (k. 93-95).

- (73) Fakt obowiązywania umowy, jak również czas jej zawarcia oraz późniejszego wykonywania dodatkowo potwierdza zgromadzony materiał dowodowy. Między innymi wskazać należy, że **[informacje utajnione]** oświadczył w toku przeszukania, że: „Historycznie **[informacje utajnione]** pracującą firmą jest Polmass, która dostarcza preparaty mlekozastępcze. (...) Okres tej współpracy trwa od co najmniej 10 lat”. Ponadto, **[informacje utajnione]** - były pracownik EKOPLON zeznał, że: „Bodajże w 2008 r. w EKOPLON podjęto decyzję o zmianie dostawcy preparatów mlekozastępczych, powstała zupełnie nowa linia produktów, której produkcję zlecono POLMASS. (...) Przez pewien czas w EKOPLON produkowano blendy na

potrzeby POLMASS, ale nie potrafię powiedzieć w jakim czasie. Współpraca EKOPLON i POLMASS rozpoczęła się prawdopodobnie w 2008r., nie potrafię dokładnie określić daty.”

Dowody:

- Notatka z dnia 29 listopada 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) [informacje utajnione] w toku przeszukania EKOPLON (k. 87).*
- Protokół z dnia 6 lipca 2017 r. z rozprawy przeprowadzonej przed Sądem Rejonowym w Przeworsku z odezwy Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zeznania świadka [informacje utajnione] (k. 967).*

(74) Współpraca w zakresie produkcji PMZ przez POLMASS dla EKOPLON na podstawie przedmiotowej umowy ramowej trwała do 31 grudnia 2016 r. i została formalnie rozwiązana na mocy Porozumienia z dnia 5 stycznia 2017 r. (k. 161)

(75) Współpraca w zakresie produkcji przez EKOPLON dla POLMASS przedmieszek do produkcji MMW trwała natomiast do końca maja 2015 r., kiedy to Polmass zaprzestał zakupów od EKOPLON, o czym kierownictwo POLMASS poinformowało pracowników na zebraniu w dniu 1 czerwca 2015 r. (k. 105)

Dowody:

- Porozumienie z dnia 5 stycznia 2017 r. rozwiązujące umowę ramową pomiędzy POLMASS i EKOPLON (k. 161).*
- Oświadczenie [informacje utajnione] z dnia 22 lutego 2017 r. (k. 162).*
- Protokół z zebrania Polmass S.A. z siedzibą w Bydgoszczy z dnia 1 czerwca 2015 r. (k. 105).*

5.1.2. Wzajemna produkcja POLMASS i EKOPLON

(76) Na podstawie umowy ramowej POLMASS i EKOPLON rozpoczęły współpracę w zakresie produkowania wzajemnie dla siebie i sprzedaży drugiej stronie różnych produktów (stosowanych przy żywieniu zwierząt hodowlanych), które były dalej używane przez kupującego jako komponenty do produktów rynkowych lub były gotowymi produktami rynkowymi.

5.1.2.1. Produkcja preparatów mlekozastępczych dla bydła przez POLMASS na rzecz EKOPLON

(77) Zgodnie z ww. umową, w momencie jej zawarcia, POLMASS zobowiązał się produkować dla EKOPLON m.in. preparaty mlekozastępcze [informacje utajnione], według określonej specyfikacji, które EKOPLON miał sprzedawać pod własną marką i we własnym opakowaniu oraz inne produkty. Produkcja miała odbywać się na zlecenie EKOPLON, a wytworzone produkty pakowane były już w zakładzie POLMASS w opakowania opatrzone logo EKOPLON.

(78) Kontrahenci następnie zdecydowali, jaką przyjąć specyfikację danego preparatu, przy czym zdarzały się sytuacje, że EKOPLON, przy zleceniu produkcji kolejnych produktów zdawał się w tym zakresie na wiedzę i doświadczenie POLMASS. Następnie, tak nabyte preparaty mlekozastępcze były sprzedawane przez EKOPLON pod jej marką do odbiorców.

- (79) Produkowane przez POLMASS preparaty mlekozastępcze dla EKOPLON były umieszczane w workach opatrzonych logo i danymi identyfikującymi EKOPLON w zakładzie produkcyjnym POLMASS.

5.1.2.2. Produkcja premiksów (przedmieszek) do produkcji mieszanek mineralno-witaminowych przez EKOPLON na rzecz POLMASS

- (80) Na mocy przedmiotowej umowy EKOPLON zobowiązał się natomiast do produkcji przede wszystkim premiksów (tzw. przedmieszek) do produkcji mieszanek (dodatków) mineralno-witaminowych dla bydła, koncentratów dla bydła oraz innych produktów.
- (81) POLMASS, dzięki kupowanym od EKOPLON premiksom wykorzystywanym do produkcji mieszanek (dodatków) mineralno-witaminowych, mógł na tej bazie produkować i wprowadzić do swojej oferty tego rodzaju produkty, a zatem mógł rozszerzyć swoją ofertę o kolejną grupę pasz przemysłowych. Produkowane przez POLMASS mieszanki mineralno-witaminowe były produktami podobnymi do tych oferowanych przez EKOPLON, ale różniły się składem oraz innymi parametrami.
- (82) Produkty te wprowadzane były do obrotu przez POLMASS pod marką własną POLMASS - i umieszczane w workach opatrzonych logo i danymi identyfikującymi POLMASS.

Dowody:

- *Umowa ramowa zawarta pomiędzy POLMASS i EKOPLON z dnia 24 września 2008 r. (k. 93-95).*
- *Protokół z dnia 3 lipca 2017 r. z rozprawy administracyjnej - zeznania świadka [informacje utajnione] (k. 910).*

5.1.3. Pkt 6 umowy ramowej - zobowiązanie do niekonkurowania

- (83) Umowa ramowa zawarta pomiędzy POLMASS i EKOPLON, oprócz wskazania zakresu produkcji poszczególnych produktów na rzecz kontrahenta określała również zasady współpracy obu przedsiębiorców.
- (84) W pkt 6 przedmiotowej umowy ramowej przedsiębiorcy zawarli postanowienie, w którym zobowiązali się do niekonkurowania względem siebie w związku z podjętą współpracą. We wskazanym punkcie przedsiębiorcy oświadczyli, iż: **„Jednocześnie strony zapewniają i gwarantują, że nie będą względem siebie konkurować, ale będą prowadzić politykę zmierzającą do przejęcia wspólnie maksymalnie dużego udziału w rynku”**.
- (85) Przedmiotowe ustalenia, jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego⁸, dotyczyły jednocześnie zarówno zakazu 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 ci samodzielnie wyrazili zainteresowanie zakupem danych pasz.

⁸ Zob. akapity 90, 95.

Dowody:

- *Umowa ramowa zawarta pomiędzy POLMASS i EKOPLON z dnia 24 września 2008 r. (k. 93-95).*
- *Wiadomość e-mail z dnia 5 lutego 2009 r. [informacje utajnione] (k. 98-99).*
- *Wiadomość e-mail z dnia 18 lutego 2013 r. [informacje utajnione] (k. 101).*

5.1.4. Realizacja porozumień

- (86) Koordynacja działań obu spółek odbywała się podczas bieżącej działalności sprzedażowej, tj. przy sprzedaży preparatów mlekozastępczych (wyprodukowanych przez POLMASS) oraz mieszanek mineralno-witaminowych (wyprodukowanych przy użyciu komponentów EKOPLON). Strony umowy następnie unikały sytuacji, w której pracownicy jednego z nich prowadzili działania marketingowe oraz sprzedawali produkty (preparaty mlekozastępcze lub mieszanki mineralno-witaminowe) do odbiorców, do których sprzedawał już drugi z kontrahentów.
- (87) Koordynacja współpracy między spółkami przede wszystkim zakładała podejmowanie działań o charakterze monitoringu zachowań swoich partnerów w kontekście ewentualnych naruszeń dokonanych uzgodnień. Działania te, zgodnie z pozyskanymi dowodami, polegały na obserwacji zachowań partnerów przez przedstawicieli handlowych realizujących czynności sprzedażowe na poszczególnych obszarach.
- (88) W przypadku identyfikacji naruszeń „zakazu konkurencji” w stosunku do poszczególnych klientów POLMASS lub EKOPLON, pracownicy podmiotów zgłaszali zaistniałe sytuację przełożonym lub samodzielnie interweniowali, tzn. kontaktowali się za pośrednictwem poczty elektronicznej z pracownikami partnera⁹. Gdy informacja przekazywana była wprost do osób zarządzających danym przedsiębiorstwem, to oni następnie podejmowali działania, z reguły na najwyższym szczeblu kierowniczym współpracujących podmiotów¹⁰.

Dowody:

- *Pismo z dnia 6 listopada 2008 r. [informacje utajnione] (k. 96).*
- *Pismo z dnia 10 listopada 2008 r. [informacje utajnione] (k. 97).*
- *Wiadomość e-mail z dnia 5 lutego 2009 r. [informacje utajnione] (k. 98-99).*
- *Wiadomości e-mail z dnia 26 lutego 2009r. [informacje utajnione] (k. 100).*
- *Wiadomość e-mail z dnia 18 lutego 2013 r. [informacje utajnione] (k. 101).*

5.1.5. Korespondencja wewnętrzna pracowników POLMASS

- (89) Jedną z płaszczyzn działań związanych z koordynacją przyjętych zasad sprzedaży w związku z umową zawartą przez EKOPLON i POLMASS była wewnętrzna wymiana korespondencji pomiędzy pracownikami poszczególnych przedsiębiorców po zauważeniu działań kontrahenta, które były sprzeczne z uzgodnieniami POLMASS i EKOPLON.

⁹ Zob. akapit 96 decyzji.

¹⁰ Zob. akapity 92 i 94-95 decyzji.

- (90) W materiale dowodowym niniejszej sprawy znajduje się wiadomość e-mail z dnia 18 lutego 2013 r. [informacje utajnione] (przedstawiciel handlowy POLMASS) skierowana do [informacje utajnione], w którym pracownik zawiadamia przełożonego o przypadkach złamania przez EKOPLON postanowienia o niekonkurowaniu w związku ze współpracą obu spółek. Pracownik rozpoczyna wiadomość stwierdzeniem:

Chciałbym przedstawić sytuację, która wydarzyła się w ubiegłym tygodniu a myślę, że nie powinna była się wydarzyć po latach współpracy obydwu firm (...)”.

Zgodnie z treścią wiadomości, EKOPLON sprzedał mieszanki mineralno-witaminowe znajdujące się w jego ofercie do odbiorcy, do którego POLMASS już wcześniej (przed EKOPLON) dostarczał swoje produkty, pomimo obowiązywania obu przedsiębiorców pkt 6 umowy ramowej:

„Ja rozumiem, że Firma [informacje utajnione] stała się dla Ekoplону pożądanym klientem, ale przypominam, że my jako Polmass byliśmy tu zdecydowanie pierwsi współpraca datuje się na 20 lat (...)”.

Jak wskazał nadawca wiadomości, znani mu są odbiorcy w danym rejonie (na którym doszło do naruszenia przyjętych zasad sprzedaży), do których dostarcza swoje produkty EKOPLON:

„Przypominam również że Ekoplón w promieniu 30 km ma aż 6 dealerów z którymi można budować współpracę pozwolę sobie ich wymienić: [informacje utajnione] (...)”.

W przedmiotowej wiadomości pracownik POLMASS wyjaśnia ponadto, iż POLMASS, w przeciwieństwie do EKOPLON przestrzega przyjętych uzgodnień, odmawiając również sprzedaży swoich produktów (mieszanek mineralno-witaminowych) w przypadkach kiedy to potencjalny odbiorca, do którego dostarcza te produkty EKOPLON zgłasza się do POLMASS wyrażając zainteresowanie jej ofertą w tym zakresie.:

„Przy okazji nadmienię że pomimo chęci podjęcia współpracy przez niektóre wyżej wymienione firmy nie złożyłem oferty i nie nawiązałem współpracy bo obowiązywały mnie zobowiązania partnerskie z Ekoplónem. W wyżej opisanej sytuacji bardzo proszę o zajęcie stanowiska przez firmę Ekoplón. (...)”

[informacje utajnione] podkreślił również, że pracownicy obu spółek, obsługując swoich aktualnych odbiorców oraz potencjalnych odbiorców, nie będą informowali ich o rzeczywistym producencie, czy to preparatów mlekozastępczych dla bydła, czy mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z dnia 18 lutego 2013 r. [informacje utajnione] (k. 101).

5.1.6. Korespondencja pomiędzy POLMASS i EKOPLON

- (91) W reakcji na zauważone sytuacje niewywiązywania się drugiej strony z postanowień umowy, „pokrzywdzona” spółka przekazywała informację do drugiej, opisując poszczególne przypadki „nielojalności” drugiej strony, prosząc o ustosunkowanie się

oraz zmianę zachowania przedstawicieli handlowych w odniesieniu do wskazanych odbiorców. Wiadomości takie wysyłane były przez osoby zarządzające w POLMASS [informacje utajnione] oraz EKOPLON [informacje utajnione] albo przez osoby zatrudnione w spółkach na stanowiskach związanych z koordynacją polityki handlowej.

- (92) W piśmie [informacje utajnione], przekazanym 6 listopada 2008 r. drogą elektroniczną, zwracał on uwagę na działanie EKOPLONU wbrew pkt 6 umowy ramowej zawartej między stronami:

„Otóż nie jest przestrzegana zasada zakazu składania ofert do klientów Polmassu (...).”

W treści pisma POLMASS wskazuje na szkodę, jaką ponosi w wyniku dokonywania sprzedaży PMZ przez EKOPLON do odbiorców, u których wcześniej już sprzedawał POLMASS:

„W związku z wyraźnie niższą ceną w Państwa cenniku na produkty tożsame z polmassowskimi składanie Państwa ofert u naszych partnerów przynosi nam wyraźną szkodę (...).”

W związku z powyższymi zastrzeżeniami, [informacje utajnione] POLMASS wezwał EKOPLON do wycofania ofert sprzedaży PMZ w miejscach, gdzie sprzedaży dokonuje już POLMASS:

„Proszę zatem o oficjalne wycofanie ofert z miejsc, gdzie sprzedaje preparaty mlekozastępcze Polmass (...).”

[informacje utajnione] POLMASS zaznaczył jednocześnie, że jego zastrzeżenia spotkały się ze zrozumieniem osoby odpowiedzialnej ze strony EKOPLON:

„Pan [informacje utajnione] wyraził pełne zrozumienie naszych pretensji i obiecał natychmiastowe działania naprawcze (...).”

Dowód:

- Pismo z dnia 6 listopada 2008 r. [informacje utajnione] (k. 96).

- (93) W odpowiedzi na ww. pismo, [informacje utajnione] w dniu 10 listopada 2008 r. skierował drogą elektroniczną pismo do [informacje utajnione], w którym przede wszystkim potwierdził ustalenia obu spółek przyjęte z momentem rozpoczęcia współpracy, zgodnie z którymi spółki nie miały ze sobą konkurować w zakresie w jakim współpracują na etapie produkcji:

„W pełni rozumiemy i akceptujemy ustalenia unikania wzajemnej konkurencji co jest jednoznaczne z powstrzymaniem się Przedstawicieli firmy Ekoplonek od sprzedaży preparatów mleko-zastępczych do Kontrahentów, którzy zakupują preparaty wyłącznie od firmy Polmass (...).”

Jak wskazuje treść wiadomości, w reakcji na zastrzeżenia POLMASS, przedstawiciel EKOPLON wycofał ofertę sprzedaży złożoną u niektórych odbiorców:

„Pragnę dodać, iż wycofaliśmy ofertę sprzedaży z firmy [informacje utajnione], którzy to kontrahenci są naszymi kluczowymi klientami (...).”

Z treści wiadomości oraz czasu jej wystania (zaledwie w drugim miesiącu obowiązywania umowy ramowej między POLMASS a EKOPLON) wynika, że koordynacja realizacji zobowiązania spółek do niepodejmowania działań sprzedawanych w stosunku do odbiorców kontrahenta, zwłaszcza na początku współpracy, wymagała wzmożonych działań „dyscyplinujących” podejmowanych wzajemnie przez strony umowy. W celu lepszej koordynacji EKOPLON zaproponował POLMASS wymianę list odbiorców POLMASS oraz odbiorców EKOPLON, tak, aby wykluczyć możliwość zaistnienia konfliktów na tej płaszczyźnie w trakcie dalszej współpracy. Ponadto, z treści pisma wynika, że [informacje utajnione] EKOPLON przekazał pracownikowi POLMASS listę dystrybutorów EKOPLON z prośbą o zaznaczenie przez POLMASS klientów, do których ten dostarcza PMZ:

„Kontrola działalności byłaby uproszczona gdyby firma Ekoplone posiadała listę negatywną klientów Polmass-u sprzedających preparaty mleko-zastępcze. Aby rozwiązać ten problem wysyłam do [informacje utajnione] listę naszych dystrybutorów i proszę zaznaczyć klientów, którzy sprzedają mleko z oferty Polmass SA. (...)”

Dowód:

– Pismo z dnia 10 listopada 2008 r. [informacje utajnione] (k. 97).

- (94) Innym przykładem działań dyscyplinujących podejmowanych przez spółkę POLMASS w stosunku do EKOPLON była wiadomość e-mail z dnia 5 lutego 2009 r. [informacje utajnione], w której ponownie podejmuje działania zmierzające do skłonienia kontrahenta do przestrzegania zasad sprzedażowych wynikających z przyjętych zobowiązań przez obie spółki na mocy zawartej umowy ramowej.
- (95) W treści korespondencji [informacje utajnione] wprost powołuje się na pkt 6 umowy ramowej, który w jego opinii nie był wypełniany przez EKOPLON:

„Opierając się na udokumentowanych zdarzeniach z przykrością oświadczam, że p. 6 umowy nie jest przez Ekoplone wypełniany. Wielokrotnie uzgadnialiśmy, że nasze firmy nie będą ze sobą konkurowały. Podstawową, uzgodnioną zasadą jest nie oferowanie i nie sprzedawanie preparatów mlekozastępczych do tych odbiorców, który są klientami Polmassu. W tym celu z inicjatywy Pana wymieniliśmy się „negatywnymi” listami naszych odbiorców. Pomimo tego dochodzi do zdarzeń sprzedaży pmz przez pracowników Ekoplone do klientów Polmassu (...)”

Przedmiotowa korespondencja potwierdza również fakt przekazania wzajemnie przez każdy z podmiotów list odbiorców dystrybuowanych przez siebie produktów, które zapobiec miało dokonywaniu nieuzgodnionej sprzedaży produktów do punktów, do których dostarczała jedna ze stron umowy. W przedstawionej wiadomości ponownie wyrażony została zasada z jednej strony nie podejmowania działań zmierzających do pozyskania odbiorcy, który zakupuje produkty od kontrahenta (tzw. sprzedaż aktywna), a z drugiej zakazu sprzedaży w przypadku wyrażenia zainteresowania przez potencjalnego odbiorcę (tzw. sprzedaż pasywna). Ww. zasada miała jednocześnie zastosowanie zarówno w zakresie sprzedaży preparatów mlekozastępczych, jak również mieszanek mineralno-witaminowych. Strony porozumień nie różnicowały

zasad sprzedaży obu grup produktów wzajemnie produkowanych na podstawie tej samej umowy ramowej.

Dowód:

- *Wiadomość e-mail z dnia 5 lutego 2009 r. [informacje utajnione] (k. 98-99).*

Jak wynika z treści wiadomości POLMASS, zasada nieprowadzenia działań sprzedaży przez poszczególne strony umowy obowiązywała nie tylko w stosunku do odbiorców, do których jedna ze stron (w tym przypadku POLMASS) była wyłącznym dostawcą określonych produktów (PMZ), ale także jeśli podmiot był jednym z wielu dostawców takich produktów:

„Nie ulega wątpliwości fakt, że nasze uzgodnienia wykluczają możliwość sprzedaży pmz przez Ekoplone w punktach dealerskich, gospodarskich i mleczarskich, jeśli sprzedaż prowadzi tam Polmass, jako jedyna firma w asortymencie pmz, lub jako jedna z kilku firm (...)”. W związku z ww. zastrzeżeniami [informacje utajnione] POLMASS wskazał konkretnych odbiorców, u których dochodziło do nieuzgodnionej sprzedaży preparatów mlekozastępczych:

„Listę tych zdarzeń załączam. (...)”

1. [informacje utajnione]
2. [informacje utajnione]
3. [informacje utajnione]
4. [informacje utajnione]
5. [informacje utajnione]
6. [informacje utajnione]

[informacje utajnione] POLMASS ponownie wyraził swoje oczekiwania co do zaprzestania podejmowania działań u spornych odbiorców:

Liczę na szybką reakcję Pana, która spowoduje naprawę szkód i zapobiegnie w przyszłości. Jednocześnie wierzę w intencje Pana, aby nasza współpraca układała się na lojalnych zasadach z korzyściami dla obu firm.”

Dowód:

- *Wiadomość e-mail z dnia 5 lutego 2009 r. [informacje utajnione] (k. 98-99).*

- (96) Kompilację zastrzeżeń poszczególnych pracowników POLMASS w kwestii zachowań EKOPOLON przedstawiona została w wiadomości e-mail [informacje utajnione] z dnia 26 lutego 2009 r. skierowanej do [informacje utajnione]. Przedstawia on fragmenty kierowanych do niego wiadomości od współpracowników, w których zgłaszali oni sytuacje prowadzenia sprzedaży preparatów mlekozastępczych dystrybuowanych przez EKOPOLON (produkcji POLMASS) w stosunku do odbiorców, do których przed podjęciem współpracy POLMASS dostarczał już swoje PMZ:

- *„u mojego klienta [informacje utajnione], który sprzedaje preparaty mleko zastępcze z Polmassu natknąłem się na Eko-Plon (...)”;*

- „Ekoplonek dostarczył do naszego klienta [informacje utajnione] Miko Extra w cenie 3,46”;
- „Mam informacje o sprzedaży przez Ekoplonek preparatów mleko zastępczych Miko Turbo i Miko Normal do naszego klienta (...)”;
- „Zgłaszam swoje niezadowolenie z działalności Ekoplonek z powodu wstawienia do [informacje utajnione] Miko Normal (...)”;
- „Znalazłem kolejne miejsce u mnie w terenie, gdzie Eko-Plon sprzedaje swoje preparaty mlekozastępcze a zgodnie z listą nie powinien tego robić (...)”;
- „Eko-Plon wstawił swoje mleko do [informacje utajnione] (...);
- „Proszę o wycofanie z punktu dealerskiego firmy [informacje utajnione] preparatu mlekozastępczego Miko Normal (...)”.

Ponownie, w treści jednego z przekazanych komunikatów jednocześnie znajduje się m.in. wzmianka o fakcie dokonania przez kontrahentów wymiany list odbiorców, co do których druga strona umowy nie mogła prowadzić działań sprzedażowych.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z dnia 26 lutego 2009r. [informacje utajnione] (k. 100).

- (97) Wszystkie wskazane wyżej kontakty stanowią korespondencje inicjowaną przez osoby zarządzające lub pracowników jednej ze spółek i kierowaną do osób zarządzających lub pracowników drugiej ze spółek w przypadkach złamania przez kontrahenta postanowień umowy łączącej EKOPLON i POLMASS w zakresie unikania wzajemnej konkurencji w ramach sprzedaży poszczególnych produktów - preparatów mlekozastępczych lub mieszanek mineralno-witaminowych.

5.1.7. Dwustronne spotkania przedstawicieli POLMASS i EKOPLON

- (98) Przedstawiciele spółek POLMASS oraz EKOPLON w związku z nawiązaną współpracą odbywali z różną częstotliwością, spotkania, podczas których omawiane były zasady nawiązanej współpracy.
- (99) Zgodnie z oświadczeniem złożonym w toku przeszukania przez [informacje utajnione]: „Raz do roku spotykamy się z właścicielem tej firmy w celu ustalenia, czy dalej współpracujemy czy nie. Spotkania są dwustronne pomiędzy zainteresowanymi podmiotami”.
- (100) Ponadto, w zeznaniach w toku rozprawy administracyjnej świadek [informacje utajnione] zeznał: „Takie spotkania się odbywały. [informacje utajnione] POLMASS z [informacje utajnione] starają się 1-2 razy do roku odwiedzić swoich partnerów i konkurentów, żeby wymienić poglądy. Raz był na spotkaniu [informacje utajnione] w Ekoplone, raz był [informacje utajnione] w Polmassie, 2-3 krotnie spotykały się osoby na moim poziomie. Jeśli chodzi [informacje utajnione], są one kurtuazyjne, w celu wymiany informacji o tym co na rynku - na poziomie [informacje utajnione] a u nas typowe spotkania B to B żeby uściślić współpracę.”
- (101) Z kolei świadek [informacje utajnione] oświadczył podczas rozprawy przed Sądem Rejonowym w Przeworsku przeprowadzonej na podstawie odezwy Prezesa Urzędu: „Z tego co pamiętam, w czasie mojego zatrudnienia w spółce EKOPLON odbyło się

jedno spotkanie zorganizowane przez EKOPLON, w którym uczestniczyli pracownicy POLMASS. Było to spotkanie przeznaczone dla przedstawicieli handlowych mające za zadanie zapoznanie ich z nowymi produktami. W szkoleniu tym uczestniczył cały dział sprzedaży spółki EKOPLON, jeżeli chodzi o spółkę POLMASS to uczestniczyły 2-3 osoby. Na pewno uczestniczył w tym spotkaniu kierownik sprzedaży POLMASS (...)”.

- (102) Biorąc pod uwagę powyższe, należy zaznaczyć, że przedstawiciele obu spółek spotykali się ze sobą stosunkowo często - nie rzadziej niż kilka razy w roku oraz na różnych poziomach - zarówno w gronie osób zarządzających obiema spółkami, jak i pracowników działów handlowych. Spotkania odbywały się zamiennie w siedzibie POLMASS lub w siedzibie EKOPLON i miały na celu omówienie bieżących spraw dotyczących współpracy między spółkami.

Dowody:

- *Notatka z dnia 29 listopada 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) [informacje utajnione] w toku przeszukania EKOPLON (k. 87).*
- *Protokół z dnia 3 lipca 2017 r. z rozprawy administracyjnej - zeznania świadka [informacje utajnione] (k. 905).*
- *Protokół z dnia 6 lipca 2017 r. z rozprawy przeprowadzonej przed Sądem Rejonowym w Przeworsku z odezwy Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zeznania świadka [informacje utajnione] (k. 967).*

5.1.8. Wewnętrzne spotkania pracowników EKOPLON oraz pracowników POLMASS

- (103) Kwestie związane z realizacją współpracy pomiędzy POLMASS a EKOPLON były również poruszane podczas wewnętrznych spotkań osób zarządzających oraz pracowników POLMASS, a także EKOPLON.
- (104) W spółce POLMASS, zgodnie z oświadczeniem, złożonym w toku przeszukania POLMASS przez [informacje utajnione] spotkania przedstawicieli handlowych odbywały się raz na dwa tygodnie i omawiane były na nich sprawy z miesiąca: *„A propos poleceń od przełożonych - mamy spotkania raz na dwa tygodnie gdzie się omawia sprawy z miesiąca pracy”*.
- (105) W materiale dowodowym zebrany w niniejszej sprawie przez Prezesa Urzędu znajduje się dokument *„Protokół z zebrania odbytego w dniu 01.06.2015”*, w którym w jednym z punktów harmonogramu znalazł się punkt *„Współpraca i konkurowanie z Ekoplonek”*. Wskazać przy tym należy, iż w spotkaniu udział brali zarówno [informacje utajnione], jak również ówczesna [informacje utajnione]. Należy zatem stwierdzić, że kwestie związane ze współpracą POLMASS z EKOPLON omawiane były w obecności osób zajmujących najwyższe stanowiska w POLMASS.
- (106) Na ww. zebraniu w części poświęconej przedmiotowej współpracy stwierdzono, że: *„Zaprzestaliśmy zakupów z Ekoplonek przedmiotów mineralno-witaminowych do naszych witamiksów. Przystaje wobec tego obowiązywać doradców Polmassu umowa lojalnościowa w sprzedaży dodatków witaminowo-mineralnych (...)”*, *„Ekoplonek nadal kupuje w Pomassie pmz i zasada lojalności w tym względzie nadal obowiązuje. Ze względu na długotrwałą współpracę z Ekoplonek konkurowanie z naszej strony musi być fair.”*

- (107) Należy zatem stwierdzić, że podczas cyklicznych spotkań dochodziło do omawiania zasad współpracy z EKOPLON, również w zakresie przestrzegania postanowienia dotyczącego ograniczenia konkurencji między przedsiębiorcami (pkt 6 umowy ramowej).

Dowody:

- Notatka z dnia 18 kwietnia 2016 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) **[informacje utajnione]** w toku przeszukania POLMASS (k. 50),
- Protokół z zebrania Polmass S.A. z siedzibą w Bydgoszczy z dnia 1 czerwca 2015 r. (k. 105).

- (108) Podobnie jak w przypadku pracowników działu handlowego POLMASS, także osoby zatrudnione na stanowiskach związanych ze sprzedażą w EKOPLON uczestniczyły w spotkaniach wewnętrznych, na których omawiane były również kwestie związane z współpracą obu spółek i zasadami prowadzenia związanej z nią sprzedażą produktów. Zgodnie z zeznaniami świadka **[informacje utajnione]**: „Z tego co pamiętam na spotkaniach przedstawiciele pojawiały się sygnały o wewnętrznej konkurencji POLMASS i EKOPLON chodziło tu o pojedyncze punkty sprzedaży, które sprzedawały produkty POLMASS a później pojawiły się tam produkty EKOPLON (...). **[informacje utajnione]** sprzedaży był zainteresowany największą sprzedażą więc starał się łagodzić takie sytuacje”.

Dowód:

- Protokół z dnia 6 lipca 2017 r. z rozprawy przeprowadzonej przed Sądem Rejonowym w Przeworsku z odezwy Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zeznania świadka **[informacje utajnione]** (k. 968-969).

Ocena prawna ustalonych faktów

1. Określenie zarzutów

- (109) Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawione zostały dwa zarzuty:

- zawarcia 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 oraz
- zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła polegającego na podziale tego rynku, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z uwagi na podobny charakter dwóch ww. porozumień zawartych między stronami postępowania antymonopolowego, dalsze rozważania zostaną przedstawione łącznie dla obu praktyk wskazanych w pkt I i pkt II sentencji niniejszej decyzji.

2. Interes publiczny

- (110) 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).
- (111) Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem stałym, jest konkretyzowany w każdej sprawie. Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczającym jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki¹¹.
- (112) W niniejszej sprawie porozumienia zostały zawarte pomiędzy niezależnymi podmiotami współpracującymi ze sobą w zakresie produkcji na rzecz drugiej strony preparatów paszowych lub komponentów do ich produkcji (premiksy do produkcji MMW), a jednocześnie konkurentami w zakresie sprzedaży wynikłych z tej współpracy produktów - na rynku krajowej sprzedaży PMZ dla bydła oraz na rynku krajowej sprzedaży MMW dla bydła.
- (113) Polegały one na uzgodnieniu przez tych przedsiębiorców odbiorców dystrybuowanych pasz, w stosunku do których strony nie będą konkurować. W przypadku gdy jeden z ww. podmiotów dostarczał już objęte porozumieniem kategorii pasz do danego odbiorcy, drugi powinien powstrzymać się od ich oferowania tym odbiorcom. Jednocześnie, z momentem podjęcia współpracy, obie spółki zobowiązały się względem siebie do odstępowania od sprzedaży produktów objętych porozumieniami w przypadku składania zamówień przez dotychczasowych klientów drugiej strony porozumienia.
- (114) Przedmiotem niniejszego postępowania są zatem **tzw. porozumienia 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 ogólnospołeczny. Zaniechanie prowadzenia wobec określonych odbiorców działań zmierzających do sprzedaży produktów paszowych oraz powstrzymanie się od sprzedaży tych produktów w przypadku otrzymania oferty ich zakupu przez ww. 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.
- (115) Powyższe przemawia za uznaniem, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa Urzędu działań w interesie publicznym.

¹¹ Wyrok SN z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt III SK 2/08.

3. Status przedsiębiorców

- (116) 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.
- (117) Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż podmioty, przeciwko którym prowadzone jest postępowanie w przedmiotowej sprawie, jako spółka akcyjna oraz spółka komandytowa, prowadzące działalność gospodarczą w zakresie produkcji i sprzedaży pasz przemysłowych, mieszczą się w zakresie podmiotowym przepisów ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* i tym samym mogą być adresatami decyzji Prezesa Urzędu.

4. Rynki właściwe

- (118) 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.
- (119) 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.
- (120) Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że praktyki, które stosowały strony postępowania, miały miejsce na krajowym rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła oraz na krajowym rynku sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła. Praktyki te dotyczyły bowiem działań wytwórców i sprzedawców pasz przemysłowych i miały związek ze sprzedażą (wprowadzaniem do obrotu) preparatów mlekozastępczych dla bydła oraz mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła. Jednocześnie ograniczenia konkurencji wystąpiły na tożsamych rynkach. W uzasadnieniu powyższych twierdzeń należy wskazać, co następuje.
- (121) Pasy 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 uznał, że w rozpatrywanej sprawie

rynki właściwe w **ujęciu produktowym** obejmują preparaty mlekozastępcze dla bydła oraz mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła, przy czym każda ze wskazanych kategorii pasz przemysłowych należy do odrębnego rynku produktowego. Są to: rynek sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła oraz rynek sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła.

- (122) 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 uboju¹². Preparaty mlekozastępcze opracowane są z myślą o ochronie młodych zwierząt przed chorobami, a ponadto zapewniają im prawidłowy wzrost i rozwój. 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.
- (123) Mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła (również określane jako premiksy mineralno-witaminowe lub dodatki mineralno-witaminowe) - to specjalne mieszanki zawierające witaminy, aminokwasy, związki mineralne oraz stymulatory wzrostu (dodatki paszowe). Pozwalają one na uzupełnienie niedoborów makro i mikrośladników oraz witamin. Są one mieszankami wysokoskoncentrowanymi nienadającymi się do bezpośredniego podania bydłu. Służą do produkcji pasz pełnoporcjowych we własnym gospodarstwie. Mogą zawierać w swoim składzie dodatki funkcyjne takie jak: żywe kultury drożdży czy beta karoten. Mieszanki mineralno-witaminowe stanowią komponent bardzo skoncentrowany, o czym świadczy fakt, że w sporządzanej przy ich użyciu paszy treściwej, stanowią ok. 1%. W ofertach producentów tego rodzaju pasz znajdują się różne rodzaje mieszanek mineralno-witaminowych różniących się od siebie składem. Od mieszanek mineralno-witaminowych odróżnić należy koncentraty, których udział w powstającej mieszance treściwej wynosi zwykle ok. 20%.
- (124) Należy wskazać, że obie strony porozumienia są jednocześnie producentami mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła. Wyprodukowane przez POLMASS (przy użyciu komponentów dostarczonych przez EKOPLON) mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła były dystrybuowane przez POLMASS pod swoją marką (w opakowaniach POLMASS).
- (125) Preparaty mlekozastępcze dla bydła oraz mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła **nie stanowią względem siebie substytutów**, bowiem, jak wskazano już powyżej, znajdują zupełnie inne zastosowanie w procesie odchowu bydła. Ponadto,

¹² 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, dyrektywy 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).

w odniesieniu do wyżej wskazanych grup produktów paszowych nie występują w obrocie inne produkty, których nabycie mogłoby stanowić alternatywę dla zakupu PMZ czy też MMW. W tym miejscu warto zaznaczyć, że przykładowo nie stanowi substytutu dla preparatów mlekozastępczych krowie mleko. W ramach ofert produktowych w zakresie PMZ, przedsiębiorcy oferują produkty różniące się składem i proporcjami składników, przede wszystkim w zależności od etapu rozwoju zwierząt.

- (126) Jednocześnie, produkty paszowe dedykowane 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.
- (127) Takie wyodrębnienie rynków właściwych produktowo w sprawie znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Prezesa Urzędu¹³.
- (128) Biorąc pod uwagę aspekt geograficzny, Prezes Urzędu uznał, że zarówno rynek sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła jak i rynek sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych mają wymiar krajowy.
- (129) Przy wyznaczaniu wymiaru geograficznego rynków właściwych w niniejszej sprawie Prezes Urzędu wziął w szczególności pod uwagę okoliczność, że przedsiębiorcy działający na obu rynkach 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 organizują swoją działalność na szczeblu krajowym, a nie w szerszym zakresie (np. europejskim czy światowym).
- (130) Jak wskazywano wcześniej w niniejszej decyzji, zarówno POLMASS jak i EKOPLON koncentrują swoje działania sprzedażowe na obszarze kraju, co ma przełożenie na przyjęty model sieci dystrybucji umożliwiający obsługę klientów we wszystkich rejonach Polski (s. 4 - 7 niniejszej decyzji).
- (131) 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 rynku¹⁴.
- (132) Dodatkowo, za ujęciem przedmiotowych rynków jako krajowych przemawia fakt, że oferowanie tak wyspecjalizowanych produktów paszowych, jakimi są PMZ oraz MMW, wymaga jednoczesnego zapewnienia przez sprzedawców poradnictwa w zakresie szeroko rozumianego żywienia zwierząt. Sprawia to, że nie jest *de facto* możliwe

¹³ Decyzje Prezesa Urzędu Nr DKK-41/2016, Nr DKK 59/2005 oraz Nr DDF-52/2002.

¹⁴ 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 [informacje utajnione] oraz [informacje utajnione].

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 i MMW.

- (133) Obrót preparatami mlekozastępczymi oraz obrót mieszankami mineralno-witaminowymi, 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.
- (134) W tym kontekście należy zauważyć, że zarówno preparaty mlekozastępcze dla bydła jak i mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła to produkty paszowe znacznie droższe niż większość 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 mieszanek pełnoporcjowych w tym okresie wynosiły 1473 zł/t, podczas gdy średnie ceny sprzedaży mieszanek paszowych mineralnych oraz średnie ceny sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła wyniosły odpowiednio: 2772 zł/t oraz 4479 zł/t. Uznać zatem należy, że ceny produktów, których dotyczyły wskazywane w niniejszej decyzji porozumienia są wyraźnie wyższe od standardowo stosowanych mieszanek pasz pełnoporcjowych (ceny PMZ są ponad trzykrotnie wyższe niż ceny mieszanek pasz pełnoporcjowych). Sytuacja ta, w sposób oczywisty, wpływa na wyraźnie wyższą granicę opłacalności transportu produktów wskazanych rodzajów. Wyższe ceny PMZ oraz MMW skutkują możliwością ich sprzedaży (wraz z dostarczaniem) na większych obszarach, a nie tylko w obrębie kilku powiatów lub pojedynczego województwa.
- (135) Wymiar geograficzny rynków właściwych ustalony w niniejszej sprawie pozostaje w zgodzie z ugruntowanym orzecnictwem Prezesa Urzędu. W tym 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.¹⁵ organ antymonopolowy, opierając się na orzecznictwie Komisji Europejskiej¹⁶ 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 oraz mieszankami mineralno-witaminowymi) przemawia również wcześniejsze orzecznictwo Prezesa Urzędu¹⁷.
- (136) Mając powyższe na uwadze ustalono, że rynkami właściwymi w niniejszej sprawie są: **krajowy rynek sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła oraz krajowy rynek sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła.**

¹⁵ Decyzja dostępna na: www.decyzje.uokik.gov.pl.

¹⁶ Decyzja KE nr COMP/M.6383 ws. Cargill/Korofrance, par. 10.

¹⁷ 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

- (137) W piśmie z dnia 30 kwietnia 2018 r. oraz z dnia 9 listopada 2018 r. POLMASS zakwestionowała przyjętą w niniejszym postępowaniu przez organ antymonopolowy definicję rynków właściwych. Strona wskazała, że pod względem geograficznym rynek sprzedaży PMZ, jak i rynek sprzedaży MMW powinny zostać określone jako rynki co najmniej europejskie - obejmujące obszar EOG. Jako argumenty do takiego podejścia strona wymieniła m.in. stosunkowo niskie koszty transportu, znaczny udział eksportu w ogólnej sprzedaży PMZ, brak przeszkód prawnych oraz jawność numerów alfa, dzięki którym producenci są rozpoznawalni w całym obszarze EOG.
- (138) Prezes Urzędu uznał przedstawione przez spółkę POLMASS twierdzenia za nieuzasadnione. W ocenie organu antymonopolowego rynki właściwe w niniejszej sprawie zostały wyznaczone w sposób adekwatny. Strony nie przedstawiły wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń w tym zakresie, natomiast, w ocenie Prezesa Urzędu, w sprawie nie występują przesłanki przemawiające za potrzebą ujęcia rynków w sposób szerszy niż jako rynki krajowe.
- (139) Mając na względzie powołany przez POLMASS argument dotyczący niskich kosztów transportu, które, w opinii strony, mogą świadczyć o potrzebie szerszej delimitacji rynków właściwych w sprawie, należy zauważyć, że koszty transportu są, wbrew temu stanowisku, istotnym i kosztownym czynnikiem, który sprawia, że przewóz preparatów, których dotyczą zarzucane porozumienia nie jest opłacalny na duże odległości, o czym świadczyć może fakt, że zagraniczne podmioty, które operują na terenie wielu Państw UE, decydują się na lokowanie na terenie Polski oraz innych krajów wytwórni pasz oraz punktów dystrybucyjnych. W konsekwencji taki model prowadzenia działalności w zakresie sprzedaży zarówno PMZ jak i MMW świadczy o „rejonizacji” prowadzenia działań produkcyjnych oraz, co szczególnie istotne w niniejszej sprawie, działań sprzedażowych.
- (140) Ponownie należy zauważyć, że sprzedaż specjalistycznych produktów paszowych, jakimi są zarówno preparaty mlekozastępcze jak i mieszanki mineralno-witaminowe, wiąże się ze świadczeniem usług doradczych pracowników dystrybuujących ww. produkty na rzecz odbiorców (zwykle hodowców bydła). Sprzedawane produkty, a także fachowe doradztwo żywieniowe musi być natomiast dostosowane do specyfiki produkcji zwierzęcej na danym obszarze.
- (141) W niniejszej sprawie organ antymonopolowy ocenił zasięg rynków właściwych w sposób adekwatny w odniesieniu do zakresu i wymiaru działań sprzedażowych prowadzonych przez podmioty wprowadzające na rynku polskim przedmiotowe pasze, przyjęte przez tych przedsiębiorców organizację zarządzanych przedsiębiorstw, w pełni uwzględniając przy tym dotychczasową praktykę orzeczniczą w tym zakresie Prezesa Urzędu.
- (142) 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 porozumienia¹⁸, natomiast, gdy dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie istnieje potrzeba brania pod uwagę konkretnych skutków, jakie to porozumienie wywołuje na danym rynku¹⁹. Jak zostanie wskazane dalej, porozumienia objęte zakresem niniejszej decyzji były porozumieniami ograniczającym konkurencję ze względu na cel.

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

- (143) 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.
- (144) 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 porozumień pomiędzy przedsiębiorcami. Po drugie, że celem lub skutkiem tych porozumień było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynkach właściwych. Po trzecie wreszcie, że porozumienia te nie podlegają jednemu z wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

6. Istnienie porozumień

6.1. Zawarcie porozumień podziałowych

- (145) 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.
- (146) Z powyższego wynika, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje różne formy współpracy i koordynacji działań między przedsiębiorcami, które ze względu na swój cel lub skutek prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego związanego z brakiem pewności, co do zachowań innych uczestników rynku.²⁰
- (147) W niniejszej sprawie podstawą porozumień ograniczających konkurencję zawartych pomiędzy POLMASS i EKOPLON był **pkt 6 umowy ramowej z dnia 24 września 2008 r.**, w ramach którego strony - POLMASS i EKOPLON - zobowiązały się do niekonkurowania względem siebie.
- (148) We wskazanym punkcie przedsiębiorcy oświadczyli, iż: *„Jednocześnie strony zapewniają i gwarantują, że nie będą względem siebie konkurować, ale będą*

¹⁸ R. Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, 2009, s. 27.

¹⁹ Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 grudnia 2009 r., DOK-7/2009 (*Cement szary*).

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt VI ACa 1146/04.

prowadzić politykę zmierzającą do przejęcia wspólnie maksymalnie dużego udziału w rynku”.

- (149) Ww. postanowienie, w kontekście jednoczesnego podjęcia współpracy przez POLMASS i EKOPLON w zakresie wzajemnego produkowania i sprzedaży drugiej stronie poszczególnych produktów, które będą używane przez kupującego jako komponenty do produkcji lub będą gotowymi produktami rynkowym (pkt 2 i 3 przedmiotowej umowy) było wyrazem intencji stron umowy do niepodejmowania działań sprzedażowych w zakresie określonych produktów do odbiorców, do których dostarcza swoje produkty kontrahent. Choć w samej treści ww. postanowienia nie został zawarty szczegółowy opis mechanizmów przyjętych przez spółki służących unikaniu konkurencji o niektórych odbiorców produktów paszowych, niemniej jednak treść przedmiotowego postanowienia pozwala na niewątpliwe odczytanie zamiaru stron zawartej umowy. Trudno bowiem postanowienia o tej treści nie rozumieć jako zobowiązania do odstąpienia podejmowania czynności, które mogłyby być odczytane przez drugą stronę jako działanie konkurencyjne.
- (150) W zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym znajdują się informacje, które wprost potwierdzają antykonkurencyjny cel przyjętego przez strony postanowienia oraz fakt jego rzeczywistego obowiązywania. Należy przykładowo wskazać na treść e-mail **[informacje utajnione]**, który, w kontekście pojawiających się problemów w przestrzeganiu zasad współpracy, powoływał się w jej treści na pkt 6 umowy ramowej zaznaczając, że spółki wielokrotnie uzgadniały, iż w myśl tego punktu podstawową zasadą jest nie oferowanie i nie sprzedawanie PMZ do tych odbiorców, którzy są klientami POLMASS²¹.
- (151) Przedmiotowe zobowiązanie stron porozumień dotyczyło zarówno powstrzymywania się od prowadzenia względem dotychczasowych odbiorców drugiego z kontrahentów sprzedaży aktywnej jak również sprzedaży pasywnej. W materiale dowodowym znajdują się wiadomości elektroniczne, które świadczą o zakazie zarówno podejmowania działań zmierzających do pozyskania klientów, którzy do momentu rozpoczęcia współpracy byli zaopatrywani w PMZ lub MMW przez drugą stronę porozumienia, jak również sprzedaży PMZ lub MMW tej grupie odbiorców w przypadku gdy jeden z nich samodzielnie zgłasza się do POLMASS lub EKOPLON w celu zakupu produktów tego rodzaju²².
- (152) Wbrew stanowiskom POLMASS²³, jak również stanowisku EKOPLON²⁴ uzgodnienia obu stron w ramach dwóch zarzucanych porozumień nie zakładały zatem jedynie obowiązku powstrzymania się od działań sprzedażowych o charakterze czynnym, a więc zmierzającym do pozyskania dotychczasowych klientów drugiej strony, ale także do powstrzymania się od sprzedaży pasywnej stanowiącej odpowiedź na zainteresowanie produktami wyrażone przez odbiorców drugiej strony porozumień.
- (153) Powyższa okoliczność znajduje swoje podstawy w materiale dowodowym obejmującym korespondencję elektroniczną, w tym m.in. **[informacje utajnione]**,

²¹ Zob. akapity 94-95 decyzji.

²² Zob. akapit 90 i 94-95 decyzji.

²³ Wyrażonym m.in. w piśmie z dnia 24 lutego 2017 r.

²⁴ Wyrażonym w piśmie z dnia 10 marca 2017 r.

czy też wiadomości e-mail [informacje utajnione]²⁵, w której wskazano, że pomimo wyrażenia chęci podjęcia współpracy z POLMASS przez niektórych odbiorców, pracownik POLMASS, wywiązując się z przyjętych ustaleń, nie nawiązał współpracy.

6.2. Realizacja porozumień

- (154) W ramach realizacji zawartych porozumień, POLMASS i EKOPLON podejmowały działania mające na celu koordynowanie bieżących spraw dotyczących współpracy między spółkami, w tym w szczególności:
- dwustronne spotkania przedstawicieli spółek,
 - wewnętrzne spotkania pracowników POLMASS i pracowników EKOPLON,
 - prowadzenie monitoringu poczynań kontrahenta w kontekście przestrzegania ustaleń o zakazie sprzedaży do odbiorców drugiej strony,
 - raportowanie przez pracowników spółek ich przełożonym o sytuacjach niewywiązywania się drugiej strony z przyjętych uzgodnień oraz
 - podejmowanie działań mających na celu skłonienie kontrahenta do przestrzegania porozumień i odstąpienie od oferowania produktów odbiorcy jednej ze stron porozumień.
- (155) POLMASS oraz EKOPLON w związku z nawiązaną współpracą odbywały z różną częstotliwością spotkania, podczas których omawiane były zasady nawiązanej przez obie spółki współpracy. Biorąc pod uwagę fakt, że w spotkaniach uczestniczyły osoby zarządzające spółkami oraz osoby odpowiedzialne za działania sprzedażowe spółek należy stwierdzić, że spotkania te były platformą do koordynacji współpracy, jaką realizowały spółki na podstawie zawartej umowy ramowej.
- (156) Oprócz spotkań na poziomie osób zarządzających spółkami, odbywały się również spotkania pracowników niższych szczebli. Jak ustalono w toku postępowania antymonopolowego spotkania pracowników obu spółek odbywały się kilka razy w roku oraz miały na celu wymianę spostrzeżeń na temat współpracy. Jak wskazuje materiał dowodowy w sprawie, osoby zarządzające POLMASS i EKOPLON w trakcie trwania współpracy spotykały się 1 - 2 razy w roku. Ponadto, odbywały się również spotkania pracowników na niższym poziomie, które służyły uściśleniu współpracy²⁶.
- (157) W celu realizacji przyjętych porozumień podziałowych, kwestie związane z bieżącą współpracą POLMASS i EKOPLON były poruszane podczas wewnętrznych spotkań osób zarządzających oraz pracowników niższych szczebli POLMASS oraz EKOPLON. W materiale dowodowym znajdują się informacje świadczące o dokonywaniu bieżących, wewnętrznych ustaleń w związku z realizacją porozumień o podziale rynku. W spółce POLMASS koordynacja działań sprzedażowych pracowników działu handlowego była ułatwiona ze względu na przyjęty w tej spółce sposób zarządzania ich pracą. Model ten zakładał spotkania przedstawicieli handlowych raz na dwa tygodnie, na których to omawiane były sprawy z bieżącego miesiąca²⁷.

²⁵ Zob. akapit 90 decyzji.

²⁶ Biorąc pod uwagę fakt, że osoba składająca oświadczenie, była zatrudniona w spółce POLMASS jedynie w latach [informacje utajnione] wskazać należy, że współpraca wymagała koordynacji także po dłuższym czasie jej trwania. (Zob. akapit 100 decyzji).

²⁷ Zob. akapit 104-105 decyzji.

- (158) W POLMASS kwestie związane ze współpracą z EKOPLON omawiane były w obecności osób zajmujących najwyższe stanowiska w POLMASS (w tym [informacje utajnione]) oraz w szczególności pracowników odpowiedzialnych za politykę sprzedażową oraz koordynację działań przedstawicieli handlowych. Jak ustalono, na podstawie zgromadzonych w sprawie informacji, podczas cyklicznych spotkań omawiano zasady współpracy z EKOPLON, również w zakresie przestrzegania postanowienia dotyczącego ograniczenia konkurencji między przedsiębiorcami (pkt 6 umowy ramowej), która to tematyka była umiejscawiana w agendzie spotkań jako osobny punkt dyskusji²⁸.
- (159) EKOPLON również dokonywał ustaleń wewnętrznych (w gronie pracowników tej spółki) co do sposobu realizacji postanowień umownych. Podobnie jak pracownicy działu handlowego POLMASS, także osoby zatrudnione na stanowiskach związanych ze sprzedażą w EKOPLON uczestniczyły w spotkaniach wewnętrznych, na których omawiane były kwestie związane z współpracą obu spółek i zasadami prowadzenia związanej z nią sprzedaży produktów. W EKOPLON odbywały się cykliczne spotkania w gronie przedstawicieli handlowych. Jak ustalono w toku postępowania antymonopolowego, podczas tych spotkań dochodziło do dyskusji na temat sytuacji nieprzestrzegania przez strony porozumień postanowienia dotyczącego nieoferowania sprzedaży i niedokonywania sprzedaży odbiorcom, do których dostarczała już preparaty mlekozastępcze dla bydła lub mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła druga strona umowy²⁹.
- (160) W celu koordynacji przyjętych porozumień pracownicy handlowi obu spółek 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, podejmowane były działania mające na celu skłonienie kontrahenta do przestrzegania porozumień i odstąpienie od oferowania produktów odbiorcy jednej ze stron porozumień.
- (161) Mechanizm koordynacji zachowań rynkowych w związku z przyjętymi przez strony uzgodnieniami obrazują zgromadzone w sprawie dowody z korespondencji przedstawicieli POLMASS oraz EKOPLON. Kontakt pomiędzy spółkami w sprawie naruszeń przyjętych porozumień inicjowany był przez stronę, która zauważyła niezgodnione działanie pracowników handlowych drugiej strony. Przed zwróceniem się przedstawicieli jednej ze spółek do drugiej, naruszenia były konsultowane z przełożonym. W sposób szczególny mechanizm ten obrazuje wiadomość pracownika POLMASS, w której zawiadamia on swoich przełożonych o przypadkach niewywiązywania się przez EKOPLON z przyjętych ustaleń w zakresie niepodjęcia działań konkurencyjnych³⁰.
- (162) Następnie, podejmowana była wymiana korespondencji pomiędzy przedstawicielami POLMASS i EKOPLON, głównie osób zarządzających danym podmiotem, mająca wymóc na kontrahencie przestrzeganie przyjętych uzgodnień w zakresie dystrybuowanych PMZ oraz MMW. W materiale dowodowym zgromadzono szereg przykładów

²⁸ Zob. akapit 105-106 decyzji.

²⁹ Zob. akapit 108 decyzji.

³⁰ Zob. akapit 90 decyzji.

korrespondencji przekazywanej między przedstawicielami obu spółek w celu eliminacji problemów związanych z prowadzeniem działań sprzedażowych w stosunku do tych samych odbiorców. Świadczy to o tym, że umowa ramowa, oraz ściśle - zapis zawarty w pkt 6 jej treść obejmujący zakaz konkurencji, był istotnym warunkiem współpracy, który był przedmiotem rozmów pomiędzy przedstawicielami obu spółek.

- (163) Jak już wspomniano, w toku realizowanej przez obie spółki współpracy zdarzały się przypadki kiedy jedna ze stron nie wywiązywała się z przyjętych ustaleń. Przykładem reakcji na takie zachowania może być upomnienie skierowane przez POLMASS w listopadzie 2008 r. przez [informacje utajnione] POLMASS do [informacje utajnione] EKOPLON³¹. Odpowiedź EKOPLON w tym zakresie potwierdzała przyjęte zobowiązania o niekonkurowaniu, a także świadczy o tym, że na zwrócone problemy reagowano niezwłocznie i informowano drugą stronę o wycofaniu ofert z konkretnych lokalizacji.
- (164) Co istotne w celu lepszej koordynacji realizacji uzgodnień w ww. korespondencji **EKOPLON zaproponował POLMASS wymianę list odbiorców obu spółek**, tak, aby wykluczyć możliwość zaistnienia konfliktów na tej płaszczyźnie w trakcie dalszej współpracy. Z korespondencji zwrotnej wynika, że [informacje utajnione] EKOPLON **przekazał pracownikowi POLMASS listę dystrybutorów EKOPLON z prośbą o zaznaczenie przez POLMASS klientów, do których ten dostarcza PMZ³²**. Materiał dowodowy świadczy również o tym, że wymiana list odbiorców produktów obu przedsiębiorców była dwustronna³³.
- (165) Korespondencja z późniejszego okresu potwierdza, iż w czasie obowiązywania umowy ramowej istniała potrzeba bieżącego korygowania działań sprzedażowych mogących z punktu widzenia spółek stanowić złamanie pkt 6 umowy ramowej³⁴. Ww. materiał dowodowy świadczy również o tym, że zasada nieprowadzenia działań sprzedaży przez poszczególne strony umowy obowiązywała **nie tylko w stosunku do odbiorców, do których jedna ze stron była wyłącznym dostawcą określonych produktów, ale także jeśli podmiot był jednym z wielu dostawców takich produktów, jak również potwierdza fakt przekazania przez każdy z podmiotów list odbiorców dystrybuowanych przez siebie produktów**, które zapobiec miało dokonywaniu niezgodnionej sprzedaży produktów do punktów, do których dostarczała jedna ze stron umowy.
- (166) Nie znajdują w tym kontekście uzasadnienia twierdzenia POLMASS przedstawione w piśmie z dnia 24 lutego 2017 r., w których spółka podnosiła, że wbrew przedstawionym wyżej dowodom do wymiany list klientów w ogóle nie doszło. Argumentacja stoi w sprzeczności z treścią pozyskanej przez Prezesa Urzędu korespondencji pracowników POLMASS. Fragment wiadomości e-mail [informacje utajnione]: „*W tym celu z inicjatywy Pana wymieniliśmy się „negatywnymi” listami naszych odbiorców (...)*” w sposób bezsporny stwierdza fakt przekazania wzajemnie przez strony swoich list odbiorców, do których kontrahent był zobowiązany do niesprzedawania swoich produktów objętych porozumieniami.

³¹ Zob. akapit 92 decyzji.

³² Zob. akapit 93 decyzji.

³³ Zob. akapit 95 decyzji.

³⁴ Zob. akapity 95 decyzji.

- (167) Mając na względzie powyższe rozważania należy stwierdzić, że zasadą współpracy spółek POLMASS i EKOPLON w ramach zawartych porozumień było powstrzymanie się od podejmowania działań sprzedażowych w zakresie dystrybuowanych przez spółki PMZ oraz MMW co do odbiorców, do których druga strona już dostarczała swoje produkty. W celu lepszej koordynacji przyjętych uzgodnień spółki wymieniły się listami swoich odbiorców, co miało wykluczyć ewentualne nieporozumienia wynikające z prowadzenia działań sprzedażowych w niezgodnionych lokalizacjach. Pomimo, iż znajdujące się w materiale dowodowym wiadomości świadczące o fakcie dokonania wymiany list odbiorców dotyczą współpracy obu spółek w zakresie sprzedaży PMZ, stronom znani byli również odbiorcy, do których druga strona porozumienia dostarczała MMW³⁵. W sytuacji, gdy pracownicy jednej ze stron porozumienia podejmowali działania sprzedażowe w stosunku do konkretnych odbiorców, druga strona reagowała powołując się na uzgodnienia dot. zakazu konkurencji. Mechanizm koordynowania przyjętych uzgodnień obejmował zwłaszcza upomnienia w formie e-mail, w których zawarte były również prośby o wycofanie ofert z konkretnych lokalizacji, Logicznym jednocześnie jest, że w przypadku gdy współpraca przebiegała pomyślnie, żadna ze stron nie podejmowała działań mających dyscyplinować drugą stronę umowy.

6.3. Jednolite i ciągle naruszenia

- (168) POLMASS i EKOPLON rozpoczęły współpracę w 2008 r., kiedy to zawarta **została umowa ramowa z dnia 24 września 2008 r.** W momencie zawarcia powyższej umowy strony w jej pkt 2 oraz pkt 3 uzgodniły warunki współpracy w zakresie wzajemnej produkcji produktów paszowych lub komponentów do ich produkcji oraz późniejszej sprzedaży swoich produktów. Należy zatem stwierdzić, że chwilą rozpoczęcia obowiązywania zarówno porozumienia w zakresie sprzedaży preparatów mlekozastępczych dla bydła, jak również porozumienia w zakresie sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła była data podpisania przez POLMASS i EKOPLON umowy ramowej.
- (169) W ramach podjętej przez POLMASS i EKOPLON współpracy istniały zatem dwa autonomiczne porozumienia tworzące **dwa jednolite oraz ciągle naruszenia.** O odrębności obu porozumień świadczy przede wszystkim fakt, że nie występowała w ich ramach taka relacja, która uzależniałaby realizację jednego z nich od realizacji drugiego. Zawarcie obu porozumień w jednej umowie wynikało jedynie z faktu, że z momentem jej podpisania strony zaczęły współpracę między sobą. Oba porozumienia były jednakże w pełni autonomiczne a umiejscowienie ich w jednym dokumencie wynikało jedynie ze zbieżności czasowej rozpoczęcia współpracy przedsiębiorców na obu obszarach.
- (170) Wyżej wskazaną autonomiczność potwierdza również fakt, że oba porozumienia różnił okres funkcjonowania. O ile zatem porozumienie w zakresie rynku sprzedaży PMZ trwało do 31 grudnia 2016 r. i zostało formalnie rozwiązane na mocy Porozumienia z dnia 5 stycznia 2017 r., o tyle porozumienie dot. sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła trwało do końca maja 2015 r., kiedy to POLMASS

³⁵ Zob. akapit 90 decyzji.

zaprzestał zakupów od EKOPLON, jednocześnie odstępując od zakazu konkurencji w zakresie sprzedaży MMW. Zakończenie jednego z porozumień nie miało tym samym wpływu na dalsze funkcjonowanie drugiego. Powyższe znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie³⁶. Ponadto, obie grupy produktowe: preparaty mlekozastępcze dla bydła, jak również mieszanki mineralno-witaminowe dla bydła, poprzez fakt, że produkty te mają różne zastosowanie nie cechuje nawet minimalna substytucyjność a zatem obrót nimi realizowany jest na oddzielnych rynkach.

- (171) Reasumując, przyjęta współpraca w zakresie produkcji przez POLMASS dla EKOPLON preparatów mlekozastępczych oraz ściśle z nią związany określony w ramach porozumienia zakaz podejmowania działań konkurencyjnych w zakresie sprzedaży tego rodzaju produktów funkcjonowały niezależnie od współpracy i porozumienia w zakresie produkcji POLMASS przez EKOPLON premiksów do produkcji MMW.
- (172) 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 uczestników³⁷.
- (173) W aktach niniejszej sprawy znajduje się szereg dowodów potwierdzających występujące w toku współpracy obu spółek sytuacje, w których jedna ze stron wzywała drugą do zaprzestania prowadzenia działań sprzedażowych w stosunku do klientów drugiej ze stron danego porozumienia. Wszystkie te sytuacje, stanowiły elementy służące realizacji wspólnego celu określonego przez strony umowy ramowej w odniesieniu do każdego z dwóch porozumień (w zakresie sprzedaży PMZ oraz MMW). Oba porozumienia wynikały z pisemnej umowy zawartej przez strony, która obowiązywała przez cały czas trwania porozumień na obu rynkach sprzedażowych.
- (174) W przedmiotowej sprawie naruszenia dokonane przez strony miały charakter ciągły. POLMASS i EKOPLON od 2008 r. w sposób ciągły i nieprzerwany unikały w ramach pierwszego z porozumień konkurowania w zakresie sprzedaży do określonych odbiorców preparatów mlekozastępczych dla bydła, natomiast w ramach drugiego porozumienia - konkurowania w zakresie sprzedaży do niektórych odbiorców mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła. Uzgodnienia w ramach obu powyższych porozumień były prowadzone w różnych odstępach czasu.
- (175) Co istotne, w treści korespondencji pomiędzy przedstawicielami POLMASS i EKOPLON strony zwykle umieszczały nawiązania do pierwotnych ustaleń przez nie przyjętych, wskazując czy to wprost umowę ramową i zawarte tam zobowiązania jako podstawę do podejmowania skoordynowanych działań sprzedażowych, czy też odwołując się do przyjętych na jej podstawie „zasad” czy „ustaleń”. Przykładowo w kierowanych wzajemnie komunikatach znajdowały się stwierdzenia: „*Opierając się na udokumentowanych zdarzeniach z przykrością oświadczam, że p. 6 umowy nie jest*

³⁶ Zob. akapity 105-106 decyzji.

³⁷ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-211/08 Putters International NV z siedzibą w Cargovil przeciwko Komisji Europejskiej.

*przez Ekoplon wypełniany*³⁸, „*Otóż nie jest przestrzegana zasada zakazu składania ofert do klientów Polmassu (...)*”³⁹ lub „*W pełni rozumiemy i akceptujemy ustalenia unikania wzajemnej konkurencji*”⁴⁰.

- (176) Spółki ponadto posiadały wiedzę o antykonkurencyjnych zachowaniach drugiej strony oraz świadomie i celowo podejmowały działania dyscyplinujące kontrahenta, a także swoich pracowników odpowiedzialnych za prowadzenie sprzedaży.
- (177) Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie organu antymonopolowego, w niniejszej sprawie wskazane w sentencji porozumienia stanowiły naruszenia o jednolitym i ciągłym charakterze.

6.4. Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

- (178) Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Przesłanki „antykonkurencyjnego celu” oraz „antykonkurencyjnego skutku” mają tym samym charakter alternatywny.
- (179) 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 osiągnięty⁴¹. 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.
- (180) 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”⁴².
- (181) 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”⁴³. 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

³⁸ Zob. akapit 95 decyzji.

³⁹ Zob. akapit 92 decyzji.

⁴⁰ Zob. akapit 93 decyzji.

⁴¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. XVII Ama 65/03, niepubl.

⁴² 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.

⁴³ 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.

zbędne, jeśli okazuje się, że ma ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku”⁴⁴. Jak bowiem wskazał Trybunał Sprawiedliwości: „(...) pewne formy zмовy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji”.

- (182) 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.
- (183) Cel porozumienia może przy tym wynikać z jego treści, jak również z całokształtu zachowań na rynku określonych przedsiębiorców.

6.4.1. Antykonkurencyjny cel porozumień podziałowych POLMASS i EKOPLON

- (184) W ocenie Prezesa Urzędu porozumienia zawarte pomiędzy POLMASS a EKOPLON należą do kategorii porozumień polegających na **podmiotowym podziale rynków zbytu** (tu: krajowego rynku sprzedaży preparatów mlekozastępczych oraz krajowego rynku sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła). Strony umowy zobowiązały się do niepodejmowania działań sprzedażowych w zakresie określonych produktów paszowych w stosunku do odbiorców, do których dostarczała już swoje produkty druga strona porozumienia. Wskazuje na to zarówno treść przyjętych uzgodnień zawartych w pkt 6 umowy oraz ich późniejsza realizacja przez strony. Przyjęte uzgodnienia miały zatem na celu oraz skutkowały zaprzestaniem prowadzenia przez POLMASS lub EKOPLON działań sprzedażowych w stosunku do określonych podmiotów (podział rynku w oparciu o kryteria podmiotowe).
- (185) Należy podkreślić, że brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel, dotyczy w szczególności najpoważniejszych naruszeń. Do tej grupy naruszeń należą również 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 zatem najcięższe ograniczenia konkurencji i mają istotny potencjał wywoływania negatywnych skutków na rynku.

6.4.2. Ocena porozumień POLMASS i EKOPLON w ich kontekście gospodarczym

- (186) Prezes Urzędu dokonał analizy występującego w niniejszej sprawie kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do zawarcia przez POLMASS i EKOPLON przedmiotowych porozumień. Organ antymonopolowy uznał bowiem, że ze względu na występujące w sprawie płaszczyzny współpracy obu spółek, a także jednoczesną działalność POLMASS i EKOPLON na kilku szczeblach rynków związanych z produkcją

⁴⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development and Barry Brothers*, EU:C:2008:643.

i sprzedają pasz, w sprawie uzasadnione było dokonanie oceny porozumień w sposób uwzględniający specyfikę powyższych relacji.

- (187) W szczególności za zasadne Prezes Urzędu uznał dokonanie oceny porozumień zawartych na podstawie pkt 6 umowy ramowej z punktu widzenia ich **niezbędności dla podjęcia przez POLMASS i EKOPLON współpracy jako takiej**. Ww. relacje wertykalne między uczestnikami postępowania (w ramach poszczególnych porozumień jedna ze stron jest producentem i dystrybutorem, druga zaś dystrybutorem PMZ lub MMW) powodują bowiem, że relacje rynkowe na niższym szczeblu obrotu mogą mieć istotne znaczenie dla bodźców producentów do nawiązania współpracy, w ramach której dostarczają produktów podmiotowi, z którym jednocześnie konkurują 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.
- (188) 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 konkurencji⁴⁵. 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 utrudnione.
- (189) **Cele ekonomiczne** nawiązania współpracy przez strony należy rozpatrywać w dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, cele te można określić mając na względzie perspektywę producenta (w przypadku praktyki z pkt I sentencji - POLMASS, a w przypadku praktyki z pkt II sentencji - EKOPLON), a po drugie, perspektywę odbiorcy produktów (w przypadku praktyki z pkt I sentencji EKOPLON, a w przypadku praktyki z pkt II sentencji: POLMASS).
- (190) **Z punktu widzenia POLMASS i EKOPLON jako producentów** danych preparatów paszowych zasadniczym celem podjęcia analizowanej współpracy była chęć zwiększenia wolumenu sprzedaży danej grupy produktowej (POLMASS - PMZ, EKOPLON - premiksy do produkcji MMW).
- (191) POLMASS posiada **[informacje utajnione]** na rynku produkcji preparatów mlekozastępczych dla bydła. Ponadto, zauważalna jest **[informacje utajnione]** na szczeblu usług produkcyjnych w zakresie tej grupy pasz⁴⁶. EKOPLON z kolei, zajmuje **[informacje utajnione]** na rynku produkcji mieszanek mineralno-witaminowych oraz **[informacje utajnione]** na rynku realizujących usługi produkcyjne w tym zakresie.
- (192) Takie ukształtowanie potencjału POLMASS jak i EKOPLON na wskazanych rynkach świadczy o tym, że przedsiębiorcy Ci posiadają **[informacje utajnione]**. Tym samym,

⁴⁵ K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, 2. wydanie, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2014, s. 329.

⁴⁶ Zob. akapity 65-66 decyzji.

poprzez pozyskiwanie tzw. „instytucjonalnych” kontrahentów, POLMASS i EKOPOLON mogą 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 zarówno POLMASS jak i EKOPOLON dążyły do jak najbardziej efektywnego wykorzystania potencjału produkcyjnego swojego przedsiębiorstwa, maksymalizując tym samym rentowność prowadzonej działalności.

- (193) Produkowane na zlecenie preparaty w ramach ww. kanału usług produkcyjnych sprzedawane są dystrybutorom po cenie niższej, aniżeli POLMASS czy EKOPOLON 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 i EKOPOLON do rozpoczęcia realizacji usług produkcyjnych na rzecz nowego kontrahenta była również chęć dywersyfikacji grona odbiorców, która pozwoliłaby na stabilizację poziomu sprzedaży i minimalizację negatywnych skutków na wypadek utraty niektórych z odbiorców.
- (194) **Z kolei po stronie POLMASS i EKOPOLON jako nabywców** zasadniczym celem było pozyskanie dobrej jakości produktów, które mogą zostać włączone do ofert (PMZ wyprodukowane przez POLMASS na zlecenie EKOPOLON) lub zostać wykorzystane do wytworzenia produktów finalnych (premixy do wytwarzania MMW wyprodukowane przez EKOPOLON na zlecenie POLMASS). W ten sposób podmioty zlecające produkcję mogły rozszerzyć swoją ofertę produktową i dzięki temu być obecnym na dodatkowych rynkach produktowych (POLMASS na rynku sprzedaży MMW, natomiast EKOPOLON na rynku sprzedaży PMZ). W konsekwencji nawiązania współpracy, POLMASS jak i EKOPOLON mogły jednocześnie **[informacje utajnione]**.
- (195) Wprowadzenie do oferty obu przedsiębiorców 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).
- (196) 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.

- (197) 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 konkurowania o jego dotychczasowych klientów na niższym szczeblu obrotu.
- (198) Analizując kwestionowane porozumienia w świetle powyższych rozważań zauważyć należy, że POLMASS i EKOPLON nie stosowały klauzul o podobnej treści w ramach współpracy dot. usług produkcyjnych z innymi przedsiębiorcami, realizowanej w tym samym okresie, co rozpatrywane porozumienia. Dowodzi to, iż kwestionowane porozumienia nie były 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.
- (199) Należy również zwrócić uwagę na szeroki zakres przewidzianego zakazu konkurencji. Treść pkt 6 umowy ramowej: „*Jednocześnie strony zapewniają i gwarantują, że nie będą względem siebie konkurować, ale będą prowadzić politykę zmierzającą do przejęcia wspólnie maksymalnie dużego udziału w rynku*” nie pozostawia wątpliwości, iż wskazanym *explicite* celem zakazu było całkowite wyeliminowanie konkurencji między stronami w zakresie dystrybucji odpowiednich produktów. Brak jest podstaw do przyjęcia, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, że jedynie pełna koordynacja działań (w praktyce - całkowity podział rynku) była niezbędna dla zapewnienia minimalnej opłacalności współpracy producenta MMW lub PMZ z ich późniejszym sprzedawcą hurtowym
- (200) Powyższe świadczy, iż kwestionowane klauzule nie były w ocenianych relacjach gospodarczych oraz w kontekście realiów rynkowych aktualnych w czasie obowiązywania porozumień niezbędne dla zapewnienia, iż współpraca między EKOPLON i POLMASS w zakresie produkcji i dystrybucji PMZ oraz MMW zostanie podjęta.
- (201) Zatem, pomimo iż realizowanie usług produkcyjnych jest praktyką powszechną na rynku, na którym funkcjonuje POLMASS i EKOPLON i dodatkowo przynoszącą pozytywne skutki rynkowe, to uzgodnienia o zakazie konkurowania będące przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego powszechnymi i niezbędnymi już zdecydowanie nie są.
- (202) Mając na względzie powyższe, Prezes Urzędu uznał, że porozumienia zarzucane stronom w pkt I oraz pkt II sentencji niniejszej decyzji **stanowią praktyki ograniczające konkurencję ze względu na ich cel.**
- (203) Naturalną konsekwencją porozumień POLMASS i EKOPLON, jako porozumień o podziale rynków, było bowiem wykreowanie części tych rynków, na których jeden z przedsiębiorców nie operuje. Porozumienia podziałowe w niniejszej sprawie służyły 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.

- (204) Porozumienia prowadziły 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 rynkach krajowych**. Ponadto, w takich przypadkach prawdopodobne są co do zasady sytuacje, w których odbiorcy (tu: PMZ oraz MMW) nie mają rzeczywistych możliwości uzyskania produktów po cenach, które mogliby uzyskać przy braku przedmiotowego porozumienia konkurentów.
- (205) Jak wykazała przeprowadzona analiza, porozumienia zawarte w wyniku przyjętej umowy ramowej dot. zobowiązania do zaprzestania konkutowania pomiędzy POLMASS i EKOPLON nie były warunkami koniecznymi do zawarcia porozumienia głównego (wzajemnej produkcji poszczególnych towarów na rzecz kontrahenta).
- (206) Bez znaczenia dla oceny antykonkurencyjności porozumienia, w ocenie Prezesa Urzędu pozostaje okoliczność podnoszona przez POLMASS w piśmie z dnia 9 listopada 2018 r., w którym strona ta wskazywała, że pomimo zastrzeżenia przez strony wyłączności w umowie ramowej, przedstawiciele spółki wielokrotnie sprzedawali produkty do odbiorców drugiej, o czym, w opinii strony, świadczą zebrane w materiale dowodowym wiadomości przedstawicieli. Powyższe okoliczności, a więc sytuacje, w których przyjęte przez strony uzgodnienia nie były przestrzegane nie niwelują zatem przyjętych przez POLMASS i EKOPLON uzgodnień, a jedynie świadczą o tym, że w niektórych przypadkach strony nie wywiązywały się z poczynionego zobowiązania w zakresie niekonkutowania.

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

- (207) 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*

- (208) 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.

- (209) Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienia stanowią właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzystają one z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

7.3. Wyłączenia grupowe

- (210) 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.

- (211) Niemniej jednak, z uwagi na fakt, że strony w toku niniejszego postępowania antymonopolowego w ramach przedłożonych Prezesowi Urzędu stanowisk w sprawie przedstawiały argumentację, zgodnie z którą porozumienia będące przedmiotem niniejszej sprawy podlegały wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, Prezes Urzędu odniesie się do tych stanowisk poniżej.

7.3.1. Brak przesłanek do zastosowania wyłączeń grupowych

- (212) Zarówno POLMASS jak i EKOPLON w swoich stanowiskach wskazywały, że w niniejszej sprawie porozumienia zarzucane ww. podmiotom podlegają 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: „**wertykalne rozporządzenie wyłączające**”). W opinii stron 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 stron postępowania ograniczenia nałożone na podstawie przyjętej umowy ramowej nie ograniczały POLMASS i EKOPLON możliwości prowadzenia sprzedaży pasywnej (biernej).

- (213) POLMASS i EKOPLON podnosiły także, że zastosowanie w niniejszej sprawie do obu rozpatrywanych porozumień znajdzie wyłączenie, o którym mowa w § 6 pkt 1 ww. rozporządzenia. W tym kontekście POLMASS i EKOPLON wskazywały, że wyłączenie opisane w ww. rozporządzeniu znajdzie pełne zastosowanie w niniejszej sprawie, w której POLMASS jest wytwórcą i dystrybutorem preparatów mlekozastępczych, a EKOPLON jest dystrybutorem i nie jest konkurentem POLMASS na szczeblu produkcji

preparatów mlekozastępczych, a zatem zachodzi stosunek, o którym mowa w § 6 pkt 1 ww. rozporządzenia. W opinii stron postępowania, tożsama sytuacja występuje w odniesieniu do relacji między stronami w zakresie wytwarzania przez EKOPLON na rzecz POLMASS premiksów do produkcji mieszanek mineralno-witaminowych.

- (214) Jak wskazał POLMASS w piśmie z dnia 9 listopada 2018 r.: „W zakresie MMW do 2015 r. sytuacja była analogiczna, przy czym jedynie EKOPLON występował w roli producenta. Umowa ramowa dotyczyła produkcji PMZ przez POLMASS dla EKOPLON i produkcji komponentów do MMW przez EKOPLON dla POLMASS. Jest to porozumienie o charakterze niewzajemnym i powinna być traktowana jako porozumienie kooperacyjne o podwykonawstwie” (k. 1394). Dodatkowo w piśmie z dnia 24 lutego 2017 r. POLMASS podnosiła, że PMZ i MMW nie stanowią produktów o charakterze substytucyjnym, co w opinii strony świadczy o tym, że umowa ramowa nie stanowi kontraktu o charakterze wzajemnym (k. 148).
- (215) W odniesieniu do przedstawionej w toku postępowania antymonopolowej argumentacji dot. wyłączenia przedmiotowych porozumień spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie wertykalnego rozporządzenia wyłączonego, Prezes Urzędu stwierdził, że brak jest przesłanek do zastosowania ww. rozporządzenia w niniejszej sprawie.
- (216) Wertykalne rozporządzenie wyłączające zawiera określone wymogi, których spełnienie jest konieczne, aby na podstawie przepisów tego rozporządzenia zakaz przewidziany w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie miał zastosowania do danego porozumienia.
- (217) W pierwszej kolejności Prezes Urzędu przeanalizował przesłanki ustanowione w § 6 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne o charakterze niewzajemnym zawierane między konkurentami, jeżeli: 1) dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów niebędących usługami, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest konkurentem na szczeblu wytwórstwa lub 2) dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu, a nabywca dostarcza towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest konkurentem na tym szczeblu obrotu, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem wertykalnym.
- (218) Mając powyższe na względzie, w kontekście oceny zarzucanych praktyk i możliwości skorzystania z wyłączeń wskazanych w ww. rozporządzeniu, decydująca jest weryfikacja łącznego spełnienia dwóch przesłanek:
- a) występowania relacji, w której dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów niebędących usługami, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest konkurentem na szczeblu wytwórstwa,
 - b) niewzajemnego charakteru porozumień.
- (219) Prezes Urzędu za istotną przesłankę wykluczającą możliwość zastosowania ww. wyłączenia uznał, że oceniane porozumienia mają charakter wzajemny.

- (220) Pojęcie wzajemności umowy, o którym mowa w § 6 wertykalnego rozporządzenia wyłączającego nie zostało zdefiniowane ani w ww. rozporządzeniu polskim, ani w rozporządzeniu unijnym.
- (221) Wskazać należy, że obecnie obowiązujące wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych⁴⁷ również nie zawierają wskazówek interpretacyjnych ww. pojęcia. Natomiast, poprzednio obowiązujące wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r.⁴⁸ w punkcie 27 wskazują: *“Istnieją trzy wyjątki od ogólnego wyłączenia porozumień wertykalnych między konkurentami, przy czym wszystkie trzy zostały wymienione w art. 2 ust. 4 i dotyczą porozumień niewzajemnych. Niewzajemność oznacza, iż chociaż jeden producent zostaje dystrybutorem produktów innego producenta, ten ostatni nie staje się dystrybutorem produktów pierwszego producenta.”*⁴⁹ Należy zauważyć, że wyjaśnienie pojęcia porozumień niewzajemnych nie zawiera żadnego odniesienia do produktów należących do tego samego rynku produktowego. Komisja Europejska wyraźnie zatem odnosi się do „produktów innego/pierwszego producenta”, nie zawężając tego pojęcia do produktów stanowiących substytutu produktów objętych porozumieniem.
- (222) Prezes Urzędu uznał, że wbrew stanowisku stron postępowania współpraca miała charakter wzajemny, gdyż była dwukierunkowa, tj. POLMASS produkował na rzecz EKOPLON preparaty mlekozastępcze, natomiast EKOPLON produkował na rzecz POLMASS premiksy (przedmieszki) do produkcji MMW. Fakt ten również uniemożliwia spełnienie przesłanek niezbędnych do skorzystania przez przedmiotowe porozumienia z analizowanego wyłączenia. Prezes Urzędu stoi bowiem na stanowisku, że owa wzajemność nie ogranicza się do produkcji i dystrybucji produktów należących do tego samego rynku produktowego, co jest uzasadnione z uwagi na poniżej przedstawione argumenty.
- (223) Sama konstrukcja przepisów wertykalnego rozporządzenia wyłączającego (jak i jej unijnego odpowiednika⁵⁰) wskazuje, że wzajemność nie ogranicza się wyłącznie do produktów konkurujących ze sobą. Jak zostało już wskazane, polskie rozporządzenie przewiduje, że wyłączeniu podlegają porozumienia między konkurentami: (i) o charakterze niewzajemnym, (ii) w których dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów niebędących usługami, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest konkurentem na szczeblu wytwórstwa. Zatem, jeśli wzajemność miałaby obejmować wyłącznie sytuacje dystrybucji produktów, w zakresie których uczestnicy porozumienia konkurują na szczeblu wytwórstwa, to zauważyć należy, że sytuację taką wyklucza warunek (ii), zgodnie z którym wyłączeniem z rozporządzenia wertykalnego są objęte takie porozumienia wertykalne między konkurentami, gdzie

⁴⁷ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz.UE.C Nr 130).

⁴⁸ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz.UE.C 2000 Nr 291).

⁴⁹ *“There are three exceptions to the general exclusion of vertical agreements between competitors, all three being set out in Article 2(4) and relating to non-reciprocal agreements. Non-reciprocal means, for instance, that while one manufacturer becomes the distributor of the products of another manufacturer, the latter does not become the distributor of the products of the first manufacturer.”*

⁵⁰ art 2 ust. 4 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. *W sprawie stosowania art. 101 ust. 3 traktatu o funkcjonowaniu unii europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych* (Dz.Urz.UE.L Nr 102, str. 1).

nabywca nie jest konkurentem wytwórcy na szczeblu wytwórstwa. Tym samym, gdyby wzajemność miała się ograniczać wyłącznie do dystrybucji produktów, w zakresie których na szczeblu wytwórstwa występuje konkurencja między uczestnikami porozumienia, konstrukcja przepisu byłaby wadliwa: spełnienie warunku (ii) oznaczałoby bowiem automatyczne spełnienie warunku (i), który byłby tym samym zbędny. Fakt, że został on umieszczony w przepisie, w ocenie Prezesa Urzędu oznacza, że wzajemność, do której się odnosi, dotyczy również dystrybucji produktów, w zakresie produkcji których uczestnicy porozumienia nie konkurują.

- (224) Co więcej, za prawidłowością przyjętej przez Prezesa Urzędu interpretacji przesłanki wzajemności, przemawia fakt, że unijne rozporządzenie wertykalne - stanowiące wzorzec i punkt odniesienia dla rozporządzenia polskiego - w art. 2 pkt 4 *explicite* przewiduje ogólną zasadę, zgodnie z którą porozumienia wertykalne między konkurentami nie podlegają wyłączeniom wertykalnym⁵¹. Dwa przypadki, które wskazane zostały w podpunktach a i b ww. przepisu, w których porozumienia takie podlegają wspomnianym wyłączeniom stanowią wyjątki od ogólnej reguły. Wyjątki należy interpretować wąsko. W ocenie Prezesa Urzędu, ustawodawca unijny nie zdecydowałby się na wprowadzanie wyjątków, które powodowałyby, że większość przypadków porozumień między konkurentami mogłaby zostać uznana za niewzajemne i korzystać z wyłączenia - a tak stałoby się, gdyby uznać, że wzajemność dotyczy jedynie porozumień obejmujących produkty należące do tego samego rynku produktowego. Tym samym intencją ustawodawcy unijnego było zapewnienie, że tylko szczególnie nieszkodliwe porozumienia wertykalne między konkurentami mogą podlegać wyłączeniu na podstawie rozporządzenia wertykalnego.
- (225) Zatem, uzasadnione jest przyjęcie, że rozpatrywane porozumienia nie mogą skorzystać z włączeń przewidzianych wertykalnym rozporządzeniu wyłączającym w ww. zakresie.
- (226) W celu odniesienia się do stanowisk stron dotyczących przesłanek wyłączenia określonego w § 11 pkt 2 lit. b wertykalnego rozporządzenia wyłączającego, należy wskazać, że, w ocenie organu antymonopolowego, porozumienia wskazane w pkt I i II sentencji niniejszej decyzji nie podlegają wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.
- (227) 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, porozumienia przedsiębiorców kwestionowane w niniejszej decyzji zakładały właśnie ograniczenie kręgu odbiorców, do których sprzedawać mogą produkty oba podmioty.
- (228) Porozumienie tego rodzaju mogłoby podlegać wyłączeniu jedynie w przypadku spełnienia jednej z enumeratywnie wskazanych przesłanek w ww. przepisie. W tym

⁵¹ „Wyłączenie przewidziane w ust. 1 nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych zawieranych między przedsiębiorstwami konkurującymi.”

kontekście strony podnosiły, iż przedmiotowe porozumienia nie ograniczały stronom możliwości biernej sprzedaży produktów, a jedynie aktywnej sprzedaży do określonej grupy klientów zastrzeżonej dla dostawcy, a zatem powoływały się na art. 11 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

- (229) W przypadku zarzucanych spółkom praktyk przedmiotowe porozumienia nie miały 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 lub MMW) pochodziła od potencjalnego odbiorcy. Okoliczność ta znajduje poparcie w zgromadzonym w toku postępowania antymonopolowego materiale dowodowym. Ponownie w tym kontekście przywołać należy treść wiadomości e-mail z dnia 18 lutego 2013 r. **[informacje utajnione]**, szczególnie we fragmencie: „*Przy okazji nadmienię że pomimo chęci podjęcia współpracy przez niektóre wyżej wymienione firmy nie złożyłem oferty i nie nawiązałem współpracy bo obciążały mnie zobowiązania partnerskie z Ekoplonek (...)*”⁵². Przewidziane kwestionowaną umową ograniczenia konkurencji nie ograniczało się zatem do restrykcji w zakresie sprzedaży aktywnej.
- (230) Pamiętać także należy o treści e-maila **[informacje utajnione]**, który, w kontekście pojawiających się problemów w przestrzeganiu zasad współpracy, powoływał się w jej treści na pkt 6 umowy ramowej zaznaczając, że spółki wielokrotnie uzgadniały, iż w myśl tego punktu podstawową zasadą jest nie oferowanie i nie sprzedawanie PMZ do tych odbiorców, którzy są klientami POLMASS⁵³.

7.4. Wyłączenia indywidualne

- (231) 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,
- sposzczywa 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.
- (232) W ocenie Prezesa Urzędu wątpliwe jest, aby strony wykazały, że porozumienie spełniało przesłankę wskazaną w art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak już zostało wskazane wyżej, zawarta współpraca w zakresie

⁵² Zob. akapit 90 decyzji.

⁵³ Zob. akapity: 95 decyzji.

wzajemnej produkcji poszczególnych pasz (lub wkładu do ich produkcji) nakładała na strony tych porozumień ograniczenia w postaci zakazu konkutowania w zakresie sprzedaży PMZ oraz MMW w stosunku do dotychczasowych kontrahentów obu stron, które nie były niezbędne do osiągnięcia głównych celów realizowanej współpracy.

8. Kary pieniężne

- (233) 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.
- (234) 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.
- (235) Okoliczności stwierdzonych niniejszą decyzją naruszeń, w tym przede wszystkim fakt, że były one naruszeniami bardzo poważnymi i dotyczącymi podziału rynku, uzasadniają skorzystanie przez Prezesa Urzędu z uprawnienia do nakładania na przedsiębiorców kar pieniężnych za naruszenie art. 6 u.o.k.k.
- (236) 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 porozumienia zmierzały do ograniczenia konkurencji.
- (237) Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie ww. przestanki, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecnictwem 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 posiadać⁵⁴. Zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego należy również uznać, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych⁵⁵. 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 czynności⁵⁶.
- (238) Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu stwierdził, że objęte zakresem niniejszej decyzji naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 3

⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

⁵⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. XVII AmA 62/08, niepubl.

u.o.k.k. przez POLMASS oraz EKOPŁON miały charakter umyślny, a co za tym idzie spełniały przesłankę „choćby nieumyślnego” naruszenia reguł konkurencji.

- (239) 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

- (240) 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 wziął pod uwagę przepis 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.

Dowód: a) pismo EKOPŁON z dnia 17 marca 2020 r., k. 1471;
b) pismo POLMASS z dnia 17 marca 2020 r., k. 1475-1476.

- (241) W 2019 r. POLMASS oraz EKOPŁON osiągnęły obrót odpowiednio w wysokości **[informacje utajnione]**. Maksymalny wymiar kary w odniesieniu do każdego z naruszeń w niniejszej sprawie wynosił zatem: w przypadku POLMASS: **[informacje utajnione]**, a w przypadku EKOPŁON: **[informacje utajnione]**.
- (242) Ponadto ustalono, że w 2019 r. POLMASS osiągnęła obrót związany ze sprzedażą PMZ w wysokości **[informacje utajnione]** oraz obrót związany ze sprzedażą MMW w wysokości **[informacje utajnione]**. EKOPŁON natomiast w tym samym roku osiągnęła obrót związany ze sprzedażą PMZ w wysokości **[informacje utajnione]** oraz obrót związany ze sprzedażą MMW w wysokości **[informacje utajnione]**.
- (243) 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.
- (244) 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.”

- (245) Kary zostały wymierzone oddzielnie dla każdego z naruszeń wskazanych w pkt I oraz pkt II niniejszej decyzji, co wynika z zawarcia przez POLMASS i EKOPŁON dwóch autonomicznych porozumień tworzących dwa jednolite oraz ciągłe naruszenia.

8.2.1. Natura naruszenia

- (246) Ze względu na kryterium natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia trzy rodzaje naruszeń: bardzo poważne, poważne i pozostałe. Naruszenia wskazane w pkt I oraz II niniejszej decyzji Prezes Urzędu zakwalifikował do kategorii naruszeń **bardzo poważnych**, bowiem są nimi porozumienia zawarte pomiędzy podmiotami współpracującymi ze sobą w zakresie produkcji na rzecz drugiej strony objętych porozumieniami preparatów paszowych lub komponentów do ich produkcji (premiksy do produkcji MMW), a jednocześnie konkurentami w zakresie sprzedaży wynikłych z tej współpracy produktów - na rynkach krajowej sprzedaży PMZ dla bydła oraz krajowej sprzedaży MMW dla bydła o charakterze podziału rynku i wpływające na warunki oferowania produktów. 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 kwoty wyjściowe będące podstawami dla ustalenia wysokości kar nałożonych na POLMASS i EKOPŁON za osobne porozumienia została ustalona na jednakowym poziomie **[informacje utajnione]** obrotu. Kwota wyjściowa dla wyliczenia kary została zatem przyjęta na poziomie: **[informacje utajnione]** dla POLMASS oraz **[informacje utajnione]** dla EKOPŁON.

a) Kwoty bazowe kary w odniesieniu do praktyki w pkt I

Lp.	Przedsiębiorca	Kwoty bazowe dot. praktyki w pkt I sentencji decyzji (ustalone na podstawie [informacje utajnione] obrotu w zł)
1	POLMASS	[informacje utajnione]
2	EKOPŁON	[informacje utajnione]

b) Kwoty bazowe kary w odniesieniu do praktyki w pkt II

Lp.	Przedsiębiorca	Kwoty bazowe dot. praktyki w pkt II sentencji decyzji (ustalone na podstawie [informacje utajnione] obrotu w zł)
1	POLMASS	[informacje utajnione]
2	EKOPLON	[informacje utajnione]

8.2.2. Specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy oraz skutki rynkowe naruszenia

(247) 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.

a) Naruszenie w pkt I

(248) W odniesieniu do praktyki, o której mowa w pkt I niniejszej decyzji 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 [informacje utajnione].

(249) Ponadto, Prezes Urzędu uznał, że ze względu na [informacje utajnione] udział przychodów związanych ze sprzedażą preparatów mlekozastępczych dla bydła w obrocie EKOPLON uzasadnione będzie dalsze obniżenie kary, a zatem biorąc pod uwagę zastosowane przesłanki kara dla tego podmiotu, w ocenie Prezesa UOKiK, na tym etapie powinna zostać obniżona łącznie [informacje utajnione].

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary dot. praktyki w pkt I	Kara obniżona w oparciu o przesłanki w pkt 8.2.2.
1	POLMASS	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]

2	EKOPLON	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
---	---------	------------------------	------------------------

b) Naruszenie w pkt II

- (250) Również w odniesieniu do praktyki, o której mowa w pkt II niniejszej decyzji Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że na krajowym rynku sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła, podobnie jak w przypadku rynku sprzedaży PMZ działa wielu przedsiębiorców i nie występują na nim istotne bariery wejścia. Ponadto strony posiadają [informacje utajnione] udział w rynku sprzedaży MMW, a samo porozumienie obejmowało relatywnie niewielką część tego rynku, biorąc pod uwagę całkowitą sprzedaż realizowaną przez wszystkich jego uczestników. Uwzględniając zatem powyższe okoliczności związane ze specyfiką rynku uznano, że uzasadnione jest obniżenie kar dla przedsiębiorców [informacje utajnione].
- (251) Ponadto, Prezes Urzędu uznał, że ze względu na [informacje utajnione] EKOPLON uzasadnione będzie dalsze obniżenie kary, a zatem biorąc pod uwagę zastosowane przesłanki kara dla tego podmiotu, w ocenie Prezesa UOKiK, na tym etapie powinna zostać obniżona łącznie [informacje utajnione].

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary dot. praktyki w pkt II	Kara obniżona w oparciu o przesłanki w pkt 8.2.2.
1	POLMASS	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
2	EKOPLON	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]

8.2.3. Okres naruszenia

- (252) 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%.

a) Naruszenie w pkt I

- (253) 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 dnia zawarcia umowy ramowej, tj. dnia 24 września 2008 r. do dnia 31 grudnia 2016 r. kiedy to zawarto porozumienie rozwiązujące przedmiotową umowę. Ze względu zatem na fakt, że porozumienie trwało przez długi okres (ponad 8 lat) Prezes Urzędu uznał, że uzasadnionym jest zwiększenie kwoty bazowej [informacje utajnione].

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary dot. praktyki w pkt I	Kara podwyższona o [informacje utajnione] w oparciu o przesłanki w pkt 8.2.3.
1	POLMASS	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
2	EKOPLON	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]

b) Naruszenie w pkt II

- (254) Podobnie niedozwolone porozumienie stwierdzone w pkt II niniejszej decyzji należy również zaliczyć do porozumień długotrwałych. Porozumienie w zakresie sprzedaży mieszanek mineralno-witaminowych dla bydła, trwało od dnia zawarcia umowy ramowej, tj. dnia 24 września 2008 r. do końca maja 2015 r., kiedy to POLMASS zaprzestał zakupów od EKOPLON, jednocześnie odstępując od zakazu konkurencji w zakresie sprzedaży MMW, o czym kierownictwo POLMASS poinformowało pracowników na zebraniu w dniu 1 czerwca 2015 r. Z tego zatem względu również w odniesieniu do praktyki w pkt II zwiększono kwotę bazową tym razem [informacje utajnione].

Lp.	Przedsiębiorca	Kwota bazowa kary dot. praktyki w pkt II	Kara podwyższona [informacje utajnione] w oparciu o przesłanki w pkt 8.2.3.
1	POLMASS	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]
2	EKOPLON	[informacje utajnione]	[informacje utajnione]

8.2.4. Okoliczności łagodzące i obciążające

- (255) Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu wziął pod uwagę także okoliczności łagodzące i obciążające (art. 111 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).
- (256) 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).
- (257) 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).
- (258) W przypadku porozumienia, o którym mowa zarówno w pkt I, jak i w pkt II sentencji niniejszej decyzji, za okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uznał umyślny charakter stwierdzonych naruszeń. Jednocześnie za okoliczność łagodzącą organ

antymonopolowy uznał fakt, że w przypadku porozumienia w pkt II sentencji niniejszej decyzji strony zaniechały stosowania przedmiotowej praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego (1 czerwca 2015 r.), natomiast w przypadku porozumienia w pkt I strony zaniechały stosowania praktyki niezwłocznie po jego wszczęciu (31 grudnia 2016 r.). W konsekwencji, Prezes Urzędu uznał, że w przypadku obu praktyk okoliczności łagodzące oraz obciążające wzajemnie się zniosły a zatem wysokości kar za praktyki w pkt I oraz w pkt II sentencji niniejszej decyzji powinny na tym etapie pozostać na dotychczasowym poziomie.

Wysokość kar pieniężnych

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

a) Wysokość kary pieniężnej w odniesieniu do praktyki z pkt I sentencji decyzji

Podmiot	Wysokość kary pieniężnej
POLMASS	2 396 681,00 zł
EKOPLON	6 340 000,00 zł

b) Wysokość kary pieniężnej w odniesieniu do praktyki z pkt II sentencji decyzji

Podmiot	Wysokość kary pieniężnej
POLMASS	2 307 915,00 zł
EKOPLON	6 105 185,00 zł

(260) W ocenie Prezesa Urzędu wskazane powyżej wysokości kar odzwierciedlają stopień, okres i okoliczności obu naruszeń przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także fakt uprzednich naruszeń tej ustawy.

(261) Mając na względzie powyższe, a także przedstawione wcześniej uwagi szczegółowe, nałożone kary pozostają w ocenie Prezesa Urzędu zgodne z ustawowymi przesłankami wymiaru kar oraz konstytucyjną zasadą proporcjonalności. Kary te gwarantują zarazem istnienie efektu odstraszającego, a co za tym idzie pozostają w zgodzie z zasadą skuteczności.

(262) Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w punkcie III oraz IV sentencji decyzji.

9. Koszty postępowania

- (263) 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.
- (264) 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. Tym 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.
- (265) W punkcie I i II 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 266,30 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt sześć złotych trzydzieści groszy), które związane były z dostarczaniem przedsiębiorcom w ramach niniejszego postępowania przesyłek pocztowych.
- (266) W związku z tym postanowiono obciążyć:
- a) POLMASS kosztami w wysokości 143,90 zł (słownie: sto czterdzieści trzy złote dziewięćdziesiąt groszy), na które składają się koszty doręczenia stronie 9 listów w cenie 7,80 zł, 5 listów w cenie 8,50 zł oraz 6 listów w cenie 5,20 zł,
 - b) EKOPLON kosztami w wysokości 122,40 zł (słownie: sto dwadzieścia dwa złote czterdzieści groszy), na które składają się koszty doręczenia stronie 8 listów w cenie 7,80 zł, 4 listów w cenie 8,50 zł oraz 5 listów w cenie 5,20 zł.
- (267) Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w punkcie V sentencji.
- (268) **Koszty postępowania należy uiścić 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.
- (269) 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.
- (270) 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.
- (271) 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.
- (272) 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.
- (273) 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.
- (274) 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