

Sygn. akt *XVII AmA 148/13*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 marca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący:	<i>SSO Dariusz Dąbrowski</i>
Protokolant:	Protokolant sądowy – stażysta Anastazja Chojnacka

po rozpoznaniu w dniu 17 marca 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki Akcyjnej w W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

przy udziale zainteresowanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o ochronę konkurencji

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 lipca 2009 roku Nr (...)

orzeka:

1. uchyla Decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 lipca 2009 roku Nr (...),
2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) Spółki Akcyjnej w W. kwotę 3900 zł (trzy tysiące dziewięćset złotych) tytułem kosztów procesu

SSO Dariusz Dąbrowski

:

Sygn. akt *XVII AmA 148/13*

UZASADNIENIE

W dniu 7 lipca 2009 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany w dalszym ciągu „Prezesem UOKiK”) wydał decyzję nr (...), w której:

I. na podstawie art. 9 w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 131 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu wszczętego na wniosek (...) Sp. z o.o. w W. postępowania antymonopolowego uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie przez (...) S.A. w W. pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych

do powstania bądź rozwoju konkurencji przez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej (...) S.A. i nakazał jej zaniechania.

II. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ww. ustawy nałożył na (...) S.A. w W. karę pieniężną w kwocie 60.362.071,69 zł. (słownie: sześćdziesiąt milionów trzysta sześćdziesiąt dwa tysiące siedemdziesiąt jeden złotych 69/100 gr) z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji decyzji.

III. na podstawie art. 90 w związku z art. 131 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nadał pkt I sentencji decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

W odwołaniu od powyższej decyzji powódka – (...) S.A. w W. zaskarżyła decyzję w całości, zarzucając jej:

(i) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie – art. 107 § 1 kpa poprzez niewłaściwe zastosowanie i brak oznaczenia strony postępowania w rozstrzygnięciu decyzji do osób nie będących stronami postępowania;

(ii) naruszenie art. 7, 10 i 107 § 3 k.p.a. poprzez doręczenie powódce egzemplarza decyzji nie zawierającego informacji stanowiących integralną część jej uzasadnienia;

((...)) naruszenie art. 107 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez sprzeczność rozstrzygnięcia zawartego w punkcie pierwszym decyzji z jej uzasadnieniem i nakazanie w nim zaniechania zachowań, których powódka nie podejmuje;

(iv) naruszenie art. 7 k.p.a. oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak dostatecznego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy dla potrzeb wyznaczenia definicji rynku właściwego oraz dokonanie oceny zebranego materiału w sposób dowolny i w konsekwencji uznanie, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek przewozów towarów kolejną;

(v) naruszenie art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów jak również pominięcie istotnego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji uznanie, że (...) posiada pozycję dominującą na rynku właściwym zdefiniowanym jako krajowy rynek przewozów towarów kolejną;

(vi) naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędne zastosowanie na skutek dokonania oceny zgromadzonego materiału dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów tj. z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. i w konsekwencji uznanie, że działania powódki polegające na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarowego swoim konkurentom na zasadach szczególnych stanowi praktykę o jakiej mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

(vii) naruszenie art. 90 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 108 § 1 kpa poprzez jego błędne zastosowanie i nadanie decyzji administracyjnej rygoru natychmiastowej wykonalności w drodze postanowienia

(viii) naruszenie art. 90 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 108 § 1 kpa poprzez nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności bez przeprowadzenia indywidualnej oceny przesłanek uzasadniających jego nadanie i wydanie postanowienia na podstawie okoliczności nie mających związku z oceną, czy działania powódki, o których mowa w punkcie pierwszym decyzji stanowią na tyle istotne zagrożenie, aby uzasadniać nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności;

(ix) naruszenie art. 7 k.p.a. poprzez nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności bez dokonania ustaleń stanu faktycznego dla potrzeb jego nadania;

(x) naruszenie art. 90 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędne zastosowanie na skutek dokonania oceny zgromadzonego materiału dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji bezpodstawne stwierdzenie, że zachodzą przesłanki do jego zastosowania.

Z ostrożności procesowej powódka zarzuciła również naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wymierzenie kary rażąco nieadekwatnej w stosunku do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o uchylenie decyzji ewentualnie o zmianę pkt I Decyzji poprzez uznanie, że odmowa świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej (...) S.A. nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy i w konsekwencji uchylenie pkt II i III Decyzji. Z ostrożności procesowej wniósł o zmianę pkt II Decyzji poprzez zmniejszenie kary pieniężnej nałożonej na (...) stosowanie do stopnia zawinienia i okoliczności naruszenia ustawy.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem procesowym z dnia 22 lutego 2010 roku powód uzupełnił odwołanie i dodatkowo zarzucił zaskarżonej decyzji:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 44 ust. 1 i art. 84 ust. 3 ustawy z dnia 15.12.2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów („stara ustawa”) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16.02.2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów („nowa ustawa”) poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, a także naruszenie art. 49 ust. 1 i art. 88 ust. 2 „nowej ustawy” przez ich niezastosowanie – wskutek czego wniosku Uczestnika z dnia 11 lipca 2008 roku nie potraktowano jako zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję, ale jako „dopuszczalną modyfikację” wniosku z dnia 22 czerwca 2006 roku, co spowodowało, że postępowanie w sprawie zdarzeń zaszłych po dniu wejścia w życie „nowej ustawy” w dalszym ciągu toczyło się w oparciu o przepisy proceduralne i materialne „starej ustawy”,
2. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 110 k.p.a. w zw. z art. 44 ust. 1 i art. 84 ust. 3 „starej ustawy” oraz 126 k.p.a. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dopuszczalna jest zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania i tym samym zmiana zakresu przedmiotowego tego postępowania już po jego wszczęciu i zawiadomieniu o tym stron,
3. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 131 ust. 1 nowej ustawy przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że do postępowań w sprawach nakładania kar pieniężnych, wszczętych na podstawie „starej ustawy” i niezakończonych do dnia wejścia w życie „nowej ustawy” stosuje się wszystkie przepisy „starej ustawy”, tj. także materialne, podczas gdy ww. unormowanie intertemporalne ogranicza zastosowanie „starej ustawy” do przepisów postępowania (formalnych),
4. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 9 i art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 „starej ustawy” przez ich zastosowanie w sytuacji, gdy – niezależnie od merytorycznej bezpodstawności nałożenia kary – podstawę rozstrzygnięcia mogły ewentualnie stanowić art. 10 i art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 „nowej ustawy”, co z kolei spowodowało naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 107 1 k.p.a. przez powołanie błędnej podstawy prawnej zaskarżonej decyzji,
5. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 111 „nowej ustawy” przez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie wszystkich okoliczności ewentualnego naruszenia przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, a w szczególności działań konkurentów Powoda oraz uzgodnień pomiędzy Powodem a Pozwanym w zakresie dopuszczalnego ograniczenia zawierania umów z konkurentami na zasadach szczególnych.

Mając powyższe zarzuty na uwadze powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości.

Zainteresowany wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2011 roku Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów sygn. akt XVII AmA 159/09 oddalił odwołanie powódki. Orzeczenie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sądu Okręgowego:

Powódka świadczyła usługi przewozu towarów koleją na zasadach określonych w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym. Na dzień 31 października 2008 r. licencje na dokonywanie przewozów ładunków koleją posiadało 77 przedsiębiorców, natomiast 45 przewoźników faktycznie wykonywało taką działalność na podstawie posiadanych licencji. Z dniem 1 stycznia 2007 r. krajowy rynek przewozów towarów koleją otworzył się na zagraniczną konkurencję, co znalazło wyraz w art. 43 ust. 3 ustawy o transporcie kolejowym. (...) prowadzi działalność na obszarze Polski i poza jej granicami. Powódka jest trzecim w Europie i drugim w Unii Europejskiej kolejowym przewoźnikiem towarowym, a prawie połowę zleconych jej usług stanowią przewozy międzynarodowe. Świadczenie usług przewozowych przez powódkę reguluje „Regulamin sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”, który obowiązuje od 1 lipca 2008 r., wcześniej natomiast obowiązywały „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”.

W 2008 r. na rynku zdefiniowanym jako krajowy rynek kolejowych przewozów towarowych powódka przewoziła 48,48% ładunków, uwzględniając odległość, tzw. tona-kilometry, udział powódki wynosił 70,52%. W roku 2007 udział powódki w tym rynku wynosił odpowiednio 49,282% i 75,396%.

W „Zasadach sprzedaży (...)” w wersji obowiązującej od 1 maja 2006 r. i w kolejnych obowiązujących od 1 lipca 2007 r. powódka oferowała realizację usług przewozowych na zasadach ogólnych, z zastosowaniem umów specjalnych oraz z zastosowaniem umów wieloletnich. Usługi realizowane na zasadach ogólnych stanowią standardową formę świadczenia usługi przewozowej na podstawie umowy przewozu zawieranej bez dodatkowych warunków w kasach towarowych. W przypadku tych umów powódka nie ma możliwości zaplanowania potencjału przewozowego, jak również organizacji przewozu, wobec czego ta forma przewozu jest najdroższa. Od dnia 1 stycznia 2004 r. do 31 grudnia 2008 r. powódka przy umowach zawieranych na zasadach ogólnych stosowania stały upust od opłaty określonej w „Zasadach...” w wysokości 25 %.

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

Umowy specjalne zawierane były z klientami zlecającymi do przewozu określoną ilościowo masę towarów według pozycji (...), z podziałem na kwartały kalendarzowe. W umowach tych przyznawano upusty podstawowe i dodatkowe. Upust podstawowy ustalany był od opłaty z tytułu przewoźnego (naliczanej według właściwej taryfy) dla danego przewozu z uwzględnieniem między innymi sumy masy rzeczywistej towaru danej pozycji (...) lub zbioru pozycji (...) przewiezionych w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, w danym rodzaju komunikacji lub Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI przewiezionych w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, według danej umowy w danym rodzaju komunikacji oraz rodzaju komunikacji, odległości i relacji przewozu, rodzaju użytego do przewozu wagonu oraz technologii przewozu. Upust podstawowy był taki sam przez cały okres obowiązywania umowy specjalnej. Wysokość upustu dodatkowego uzależniono od wielkości zadeklarowanej masy towaru w stosunku do masy faktycznie przewiezionej w ciągu ostatnich 12 miesięcy. Upust ustalany był w wysokości od 2% do 6%.

W ramach umowy specjalnej klient zobowiązywał się do: zlecenia do przewozu (...) w okresie trwania umowy ilości masy towarów w rozbiciu na kwartały, przysyłania miesięcznych harmonogramów przewozów całopociągowych w terminie do 10 dnia kalendarzowego miesiąca poprzedzającego, dokonywania ewentualnej korekty harmonogramów przesyłek całopociągowych z wyprzedzeniem co najmniej 14 dniowym.

Umowy te zawierane były z klientami deklarującymi na okres obowiązywania umowy (powyżej 12 miesięcy) zlecenie do przewozu we wskazanych przez siebie relacjach określonej ilościowo masy towarów. Upusty i inne warunki handlowe określone są w drodze negocjacji przy uwzględnieniu taryfy właściwej dla danego przewozu oraz kryteriów udzielania upustów w umowach wieloletnich. Wyżej wspomniane kryteria określają następujące elementy:

- wielkość masy towaru (wg pozycji (...) lub zbioru pozycji (...)) lub ilość Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI (lub ilość pociągokilometrów lub ilość UTI/km dot. tylko przewozów Intermodalnych Jednostek Transportowych (...)), którą Klient deklaruje do przewozu w przyjętych okresach rozliczeniowych,
- udział procentowy nowych przewozów w masie zadeklarowanej ogółem,
- zwiększenie średniorocznej masy w zawartej umowie wieloletniej,
- rodzaj komunikacji,
- okres trwania umowy wieloletniej,
- szacowana średnia odległość przewozu,
- organizacja i technologia przewozów,
- udział masy zagrożonej zmianą kierunku dostaw, powodującą zmniejszenie odległości przewozu w masie zadeklarowanej ogółem,
- udział masy przewożonej z wykorzystaniem serii wagonów o niskim współczynniku ich wykorzystania, w masie zadeklarowanej ogółem,
- udział masy przewożonej z wykorzystaniem wagonów w podwójnej operacji ładunkowej, w masie zadeklarowanej ogółem,
- powierzenie (...) obsługi bocznic przez Klienta (będącego nadawcą lub odbiorcą), z którym zawierana jest umowa i zadeklarowanie przewozów nadawanych/odbieranych na tej bocznic, w ilości co najmniej 50% masy objętej umową,
- kształtowanie się popytu i podaży na usługi transportowe.

W ramach umowy wieloletniej klient zobowiązuje się m.in. do: zlecenia do przewozu (...) w ilościach rocznych określonej masy towarów, przysyłania rocznych zestawień przewozów w rozbiciu na kwartały, przysyłania miesięcznych harmonogramów przesyłek całopociągowych w terminie do 10 dnia kalendarzowego miesiąca poprzedzającego.

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

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

Oprócz parametrów obligatoryjnych przy ustalaniu warunków cenowych brano są pod uwagę parametry dodatkowe, pozwalające na zoptymalizowanie procesu przewozowego i obniżenie kosztów własnych Spółki, przy uwzględnieniu których (...) może zaproponować warunki handlowe korzystniejsze od warunków proponowanych na podstawie parametrów obligatoryjnych. Do parametrów dodatkowych według „Zasad sprzedaży” w wersji obowiązującej od dnia 1 lipca 2007 r. należały: masa towaru lub ilość Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI planowaną do przewozu w poszczególnych relacjach przewozowych, z podziałem na przesyłki wagonowe i całopociągowe o określonej masie netto, liczba przesyłek wagonowych i całopociągowych planowanych do przewozu w tygodniu kalendarzowym w poszczególnych relacjach przewozowych, minimalna i maksymalna wielkość planowanych w dobie przewozów w poszczególnych relacjach przewozowych z podziałem na przesyłki wagonowe i całopociągowe o określonej masie netto, liczba dni w tygodniu i dzienny czas pracy punktu załadunkowego na stacji nadania i punktu rozładunkowego na stacji przeznaczenia, wymagania dotyczące wagonu, minimalny załadunek danego towaru na wagon.

Zastępując z dniem 1 lipca 2008 r. „Zasady sprzedaży” przez „Regulamin sprzedaży” (...) określiła odrębnie parametry obligatoryjne i dodatkowe dla przesyłek o masie poniżej 800 ton netto lub przewożonych w wagonach o łącznej liczbie osi poniżej 100 oraz dla przesyłek przekraczających wspomnianą masę lub liczbę osi. Zgodnie z „Instrukcją kształtowania cen w umowach handlowych” mającą zastosowanie do usług realizowanych po dniu 1 lipca 2008 r. upust przyznawany w umowie handlowej oblicza się sumując upust bazowy i upust dodatkowy. Upust bazowy ustalany jest w oparciu o tabelę upustów (dla przesyłek o masie poniżej 800 ton netto lub przewożonych w wagonach o łącznej liczbie osi poniżej 100) lub ustalany przez Zakład lub Biuro (...) (dla przesyłek o masie co najmniej 800 ton netto lub przewożonych w wagonach o łącznej liczbie osi co najmniej 100). Natomiast upust dodatkowy wyliczany jest w oparciu o parametry dodatkowe wymienione w „Regulaminie sprzedaży”. Umowy handlowe zawierane są na czas określony, ustalony przez strony umowy, według informacji przedstawionych przez Spółkę najkrótszy okres na jaki została zawarta umowa handlowa. Nowe wersje „Zasad sprzedaży” (...) wprowadzało w styczniu, czerwcu i grudniu 2007 r. oraz w styczniu 2008 r., zaś od 1 lipca 2008 r. obowiązuje „Regulamin sprzedaży”, zmieniony w październiku 2008 r. oraz lutym 2009 r. Mimo tych zmian „Zasady sprzedaży” zawierały niezmiennie przytoczony powyżej zapis dotyczący współpracy (...) z przewoźnikiem uznanym za konkurenta. Zmieniało się jedynie jego usytuowanie w ramach dokumentu, np. w wersji „Zasad sprzedaży” obowiązującej od 1 lipca 2007 r. regulacja ta zawarta była w § 2 ust. 4 – 9. Analogiczny zapis w § 2 ust. 4 – 11 zawiera obowiązujący od 1 lipca 2008 r. „Regulamin sprzedaży”.

Uznanie kontrahenta powoda za konkurenta skutkowało tym, że wszelkie przewozy mogły być świadczone na jego rzecz wyłącznie na zasadach ogólnych z wyłączeniem towarów nie przewożonych przez konkurenta (§2 pkt 8 „Regulaminu sprzedaży”) oraz możliwością wypowiedzenia umów wieloletnich i handlowych (§ 2 pkt 10 „Regulaminu sprzedaży”).

W tym stanie faktycznym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd wskazał, że bezzasadny jest w szczególności zarzut naruszenie art. 107 § 1 k.p.a. mającego istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy poprzez brak oznaczenia stron postępowania oraz skierowanie decyzji do osób nie będących stronami postępowania. Wbrew twierdzeniom powoda w sentencji zaskarżonej decyzji pozwany określił strony postępowania tj. (...) Sp. z o.o. w W.i (...)S.A. w W., wymieniając je zgodnie z brzmieniem firmy. Spełnione zostało zatem wymaganie oznaczenia stron, o którym mowa w art. 107 § 1 k.p.a. Przepis ten nie stwarza żadnych szczególnych wymogów co do formy oznaczenia stron, a w szczególności nie nakłada obowiązku formalnego wyodrębnienia tej części decyzji administracyjnej. Decyzja została doręczona pełnomocnikom tych stron, co w sposób oczywisty wynika z adnotacji na stronie 67 decyzji.

Niezależnie od powyższego Sąd podkreślił, że ewentualne pominięcie strony uczestniczącej w postępowaniu stanowi oczywistą niedokładność, która może zostać poprawiona w trybie sprostowania i w związku z tym nie ma żadnego znaczenia dla treści rozstrzygnięcia jeśli prawa i obowiązki stron wynikające z treści decyzji są dla nich jasne.

Sąd Okręgowy podkreślił, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312) przeprowadzenie postępowania administracyjnego jest warunkiem dopuszczalności drogi sądowej. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowno-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

W ocenie Sądu Okręgowego, nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym.

W świetle powyższego Sąd uznał za bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 k.p.a. oraz art. 233 § 1 k.p.c. wobec faktu, że powód w odwołaniu nie przedstawił żadnych konkretnych faktów istotnych dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie i nie zgłosił w tym zakresie żadnych wniosków dowodowych. Sąd I instancji podkreślił, że zarzut naruszenia powyższych przepisów jak również zarzut naruszenia art. 4 ust. 10 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów polega na kontestacji ustalonego przez Prezesa UOKiK rynku właściwego w oparciu o niepopartą dowodami tezę, że „dla wielu kontrahentów” transport samochodowy jest usługą substytucyjną dla transportu kolejowego.

Stosownie do treści art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rynkiem właściwym jest 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 ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Granicę rynku w ujęciu produktowym określa zatem zachowanie ogółu nabywców, co nie wyklucza istnienia niektórych nabywców, którzy niektóre produkty będą traktować za substytuty, wbrew powszechnym zachowaniom i odwrotnie, mimo, że większość nabywców nie będzie uznawać danego produktu za substytut, niektórzy z nich nie będą zachowywali się w ten sposób.

Sąd podkreślił, że w odwołaniu powód nie twierdzi, że powszechnie nabywcy usługi transportu kolejowego traktują usługę transportu samochodowego jako substytut ale, że czynią tak niektórzy nabywcy, co abstrahując od gołosłowności tego twierdzenia, nie podważa samo w sobie ustalenia pozwanego w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art.4 ust. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. Sąd I instancji zważył, że faktyczna treść zarzutów odnosi się do art. 8 ust. 1 w kontekście art. 4 ust. 9 z dnia 15

grudnia 2000 r. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż z uwagi na fakt wszczęcia postępowania w dniu 22 czerwca 2006 r. zastosowanie mają przepisy tej ustawy a nie ustawy z 16 lutego 2007 r.

W zakresie przepisów o charakterze procesowym, zgodnie z art. 131 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, natomiast w zakresie przepisów materialno prawnych należy zgodnie z ogólną zasadą *lex retro non agit*, stosować przepisy ustawy obowiązującej w dacie zajścia zdarzenia, z którym ustawa wiąże określone skutki prawne. Na marginesie Sąd wskazał, że powód sam nie jest konsekwentny zarzucając w odwołaniu naruszenie raz jednej raz drugiej ustawy.

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 9 z dnia 15 grudnia 2000 r. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą jeżeli jego udział w rynku przekracza 40 %. Ponieważ bezspornym jest, że powód ma ponad 40% udziału w rynku, zastosowanie ma domniemanie prawne wynikające z powyższego przepisu, że zajmuje on pozycję dominującą. Domniemanie to może zostać obalone, jednak powód musiałby wykazać, że posiadana pozycja rynkowa nie umożliwi mu zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. W ocenie Sądu, powód nie wykazał powyższej okoliczności. Samo pojawianie się konkurentów i utrata na ich rzecz kilku znaczących klientów nie oznacza jeszcze, że powód nie ma możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Działanie taki może wynikać ze strategii koncentracji polegającej na tym, że konkurenci wyszukują węższe podsegmenty w wybranym segmencie strategicznym, uzyskując jeszcze większą koncentrację niż powód, lub też, że powód zachowuje się w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów. Skoro bowiem na rynku istnieją podmioty, które mają możliwość złożenia atrakcyjniejszej oferty niż powód mający tak znaczny udział w rynku właściwym i mogący niewątpliwie korzystać ze zjawiska tzw. ekonomii skali, (powodującego niższe koszty jednostkowe wraz ze skalą działalności, a więc mając potencjalnie większą możliwość przedstawienia tańszej oferty) to oznacza, że korzystniejsza jest dla niego utrata niektórych kontrahentów niż obniżenie cen, co z kolei oznacza możliwość zachowania niezależnego od konkurentów. Domniemania posiadania przez powoda pozycji dominującej nie obala także fakt pojawienia się na rynku concernu (...), gdyż w czasie stosowania zarzucanej praktyki nie działał on na rynku właściwym.

W ocenie Sądu Okręgowego, brak jest również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędne zastosowanie na skutek oceny materiału dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji uznanie, że działania powoda polegające na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej stanowią zarzucaną praktykę. Jest bowiem spójnym i logicznym rozumowanie, że dyskryminacyjne działanie polegające na odmowie zawierania umów na zasadach szczególnych poprzez możliwość uzyskiwania upustów znacząco pogarsza możliwość rozwoju konkurencji. Konkurenci nie mają możliwości uzyskania upustów pomimo, że spełniają wszystkie warunki jak podmioty nie będące konkurentami powoda, które upusty takie otrzymują. W ocenie Sądu, skoro w określonych warunkach powód ma mniejsze koszty świadczenia usługi, co uzasadnia niższe oczekiwanie cenowe za swoją usługę (przez przyznanie upustu) to nie ma znaczenia, czy podmiot zlecający usługę w tych warunkach jest konkurentem powoda czy nie. Odmowa przyznania analogicznych upustów, poprzez odmowę przewidującej je umowy, w oczywisty sposób zmierza do stworzenia konkurentom istotnie gorszych warunków działalności, co w konsekwencji tworzy barierę dla rozwoju konkurencji, a więc narusza art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Okoliczność, że działanie takie narusza także art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest przedmiotem niniejszej sprawy, zaś okoliczność, że zachowanie dominanta narusza kilka zakazów ustawowych nie stoi na przeszkodzie aby Prezes UOKiK objął swoją decyzją tylko jeden z nich.

Nie ma także znaczenia to, czy powód osiągnął rezultat eliminując kogoś z konkurentów z rynku. Zakaz zawarty w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest naruszony gdy dominant podejmie

przeciwdziałanie w celu uniemożliwienia ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W ocenie Sądu, działania powoda, jako godzące w działalność konkurentów poprzez dyskryminację w zakresie przyznawania upustów zagrażało rozwojowi konkurencji na rynku, co uzasadniało nadanie zaskarżonej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Bezzasadny jest w związku z tym zarzut naruszenia art. 90 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędne zastosowanie na skutek dokonania oceny zgromadzonego materiału dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów (tj. art. 233 § 1 k.p.c.) i w konsekwencji bezpodstawne stwierdzenie, że zachodzą przesłanki do jego zastosowania.

Sąd Okręgowy podkreślił, że kwestionowanie, że nadając rygor natychmiastowej wykonalności w oparciu o domniemanie co do potencjalnych skutków jest całkowicie bezzasadne i sprzeczne z logiką. Nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności jest z istoty rzeczy wynikiem ustalenia, że potencjalne skutki utrzymywania się stanu zakazanego decyzją będą zagrażały konkurencji lub ważnym interesom konsumentów. Zagrożenie konkurencji w chwili wydawania decyzji i w okresie poprzedzającym jej wydanie zawiera jej rozstrzygnięcie, w której Prezes UOKiK stwierdza stosowanie określonej niedozwolonej praktyki i zakazuje jej stosowania.

Bezzasadny, zdaniem Sądu Okręgowego jest także zarzut naruszenia art. 90 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności w formie postanowienia. Zdaniem Sądu nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności dotyczy kwestii wynikającej w toku postępowania, lecz nie rozstrzyga o istocie sprawy, co oznacza, że stosownie do treści art. 123 § 1 k.p.a. następuje to w formie postanowienia, niezależnie czy następuje to równocześnie z wydaniem decyzji czy po jej wydaniu.

W ocenie Sądu, nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wymierzenie kary rażąco nieadekwatnej do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia ustawy. Sąd podniósł, że wymierzona kara stanowi 11,1% jej maksymalnego ustawowego wymiaru, a zatem należy uznać, że została wymierzona w dolnych granicach zagrożenia ustawowego. Ponadto dwuletni okres stosowania niedozwolonej praktyki należy uznać za znaczny. Sąd stwierdził również, że powód jest profesjonalistą, od lat działającym na rynku właściwym, co powoduje, że niepodobna uznać, że nie miał świadomości skutków swojego działania. Zapisy § 2 „Regulaminu sprzedaży” wskazują jednoznacznie, że świadomym celem powoda było stworzenie istotnie gorszych warunków korzystania z usług powoda podmiotom uznanym za konkurentów. Nie da się przypisać tym postanowieniom innego celu jak chęci ochrony własnej pozycji rynkowej, gdyż zapisy te nie wynikają z odmienności wykonywanej usługi, lecz z charakteru prowadzonej przez kontrahenta działalności. Działanie powoda, jest w ocenie sądu działaniem umyślnym.

Powyższe okoliczności uzasadniają, zdaniem Sądu, wymierzenie kary o wysokości określonej w zaskarżonej decyzji.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł powódka. Zaskarżając wyrok w całości zarzuciła Sądowi Okręgowemu:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 9 § 1 w zw. z art. 479 § 1, 2 k.p.c. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że powodowi można było nie doręczyć (lub uniemożliwić wgląd) załącznika nr 2 do decyzji nr (...), podczas gdy załącznik ten nie stanowi materiału dowodowego w sprawie, ale integralną część uzasadnienia zaskarżonej decyzji pozwanego i naruszenie to skutkuje nieważnością postępowania w wyniku pozbawienia powoda możliwości obrony swoich praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.),

2. naruszenie przepisów postępowania – art. 236 w zw. z art. 479 ind. 14 § 2 k.p.c. przez wydanie zaskarżonego wyroku w oparciu o twierdzenia pozwanego, zawarte w decyzji nr (...) i odwołujące się do znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego dokumentów, co do których pozwany nie zgłosił odpowiednich wniosków dowodowych w odpowiedzi na odwołanie, a Sąd Okręgowy nie wydał żadnego postanowienia o przeprowadzeniu

dowodu, przedmiotowe naruszenie, wobec braku jakichkolwiek innych dowodów w sprawie, powoduje, że wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości (art. 386 § 4 k.p.c.),

3. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 210 § 3 k.p.c. przez jego niezastosowanie i art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na ustaleniu, że Powód stosował praktykę zarzucaną mu w zaskarżonej decyzji jedynie na podstawie brzmienia określonych postanowień odpowiednich wersji „Zasad sprzedaży” i „Regulaminu sprzedaży” bez jednoczesnego przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania dowodowego na okoliczność faktycznego sposobu postępowania powoda tzn. bez określenia, czy, komu i kiedy powód odmawiał zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej, naruszenie to skutkuje brakiem ustalenia zaistnienia konkretnych zdarzeń, których ciąg można uznać za praktykę ograniczającą konkurencję, a tym samym uniemożliwia precyzyjne określenie okresu trwania owej praktyki, co jest równoznaczne z nierozpoznananiem istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.);

4. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c. przez brak ustalenia faktów istotnych dla wyniku postępowania (np. zdarzeń składających się na zarzucaną Powodowi praktykę i czasu ich występowania), brak wskazania dowodów, na których Sąd Okręgowy oparł zaskarżone rozstrzygnięcie (np. w zakresie definicji rynku właściwego, przypisania powodowi pozycji dominującej na tym rynku, kalkulacji kosztów działalności powoda), brak jednoznacznego wyjaśnienia, czy zaskarżone orzeczenie zostało wydane w oparciu o normy materialne zawarte w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, czy też ustawie z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów i ewentualnie w jakim zakresie, ponieważ przytoczone przez Sąd Okręgowy okoliczności (np. daty obowiązywania różnych wersji „Zasad sprzedaży” i „Regulaminu sprzedaży”) wskazują na objęcie zakresem orzekania okresu obowiązywania obu wyżej wymienionych ustaw, chociaż Sąd Okręgowy powołując się na zasadę *lex retro non agit*, przyjął krótszy okres trwania zarzucanej Powodowi praktyki niż określony w decyzji pozwanego, oraz całkowite pominięcie zarzutów Powoda (wraz z ich uzasadnieniem), zawartych w piśmie z dnia 22 lutego 2010 r., jak również argumentów przytoczonych w pismach z dnia 9 marca 2011 r. i 5 maja 2011 r., przedmiotowe naruszenie uniemożliwia przeprowadzenie kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku i skutkuje nierozpoznananiem istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.);

5. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 479 ind. 31a § 1 k.p.c. przez jego zastosowanie zamiast art. 479 ind. 31a § 3 k.p.c. poprzez oddalenie odwołania powoda zamiast uchylecia decyzji pozwanego nr (...) w obliczu przyjęcia przez pozwanego błędnej wykładni art. 110 k.p.a. w zw. z art. 44 ust. 1 i art. 84 ust. 3 starej ustawy oraz art. 126 k.p.a. polegającej na uznaniu, że dopuszczalna jest zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego na wniosek jednej z jego stron i tym samym zmiana zakresu przedmiotowego tego postępowania już po jego wszczęciu i zawiadomieniu o tym stron, co wpłynęło także na zakres kognicji Sądu Okręgowego oraz uprawnienia procesowe stron postępowania sądowego z zastrzeżeniem wątpliwości dotyczących podstawy prawnej zaskarżonego wyroku, przedmiotowe naruszenie doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.), ponieważ zaskarżony wyrok został wydany w sprawie, która częściowo nie mogła być objęta postępowaniem antymonopolowym wszczętym przez pozwanego w dniu 15 grudnia 2006 roku na wniosek (...) sp. z o.o., a ponadto w stosunku do podmiotu (...), który w odniesieniu do znacznej części sprawy nie mógł posiadać statusu strony ani postępowania administracyjnego, ani sądowego,

6. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 104 starej ustawy przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dopuszczalne jest utrzymanie w wyniku postępowania sądowego kary pieniężnej w wysokości określonej w decyzji pozwanego przy jednoczesnym ustaleniu znacznie krótszego niż w takiej decyzji okresu trwania zakazanej praktyki monopolistycznej, co skutkuje w okolicznościach niniejszej sprawy naruszeniem zakazu, o którym mowa w stosowanym per analogiam art. 384 k.p.c. przez wydanie rozstrzygnięcia na niekorzyść powoda jako strony składającej odwołanie,

7. naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. zarówno przez ich błędną wykładnię jak i poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, w tym na skutek dokonania oceny zgromadzonego materiału dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów tj. z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. a także z naruszeniem art. 6

k.c. oraz art. 232 k.p.c. przejawiające się w szczególności na: niepopartym żadnymi dowodami i błędnym ustaleniu, że koszty jakie ponosi powód w związku z umowami zawieranymi z konkurentami oraz z innymi kontrahentami są "takie same; (n) braku ustalenia czy umowy jakie zawiera powód z konkurenta oraz z innymi kontrahentami są umowami podobnymi i w konsekwencji pomimo, że w rzeczywistości nie są to umowy podobne, przyjęcie, że powód ma obowiązek oferować obu tym grupom klientów takie same warunki tych umów, braku ustalenia, że praktyka powoda posiada obiektywne ekonomiczne uzasadnienie w postaci niższych kosztów realizacji przewozów całopociągowych i wyższej rentowności uzyskiwanej z tych przewozów, dążenia konkurentów powoda do rywalizacji nie w oparciu o ofertę merytoryczną ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa i nieuczciwym jej wykorzystywaniem przez konkurentów w celu przejścia klientów, błędnym przyjęciu, że zakresem zakazu ustanowionego w art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 starej ustawy objęte są również praktyki nie wywierające zniekształcającego wpływu na rynek ani nie szkodzące konsumentom ani nie przeciwdziałające powstaniu warunków koniecznych (niezbędnych) dla powstania oraz rozwoju konkurencji, nie ustaleniu jakie negatywne skutki wywołuje praktyka powoda oraz na jakim rynku właściwym tj. na rynku towarowych przewozów kolejną czy na rynku spedycji takie ewentualne skutki występują, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że działania (...) S.A. polegające na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej (...) SA stanowią praktykę, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.,

8. naruszenie art. 4 pkt. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r., art. 6 k.c., art. 232 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak dostatecznego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy dla potrzeb wyznaczenia definicji rynku właściwego, dokonanie oceny zebranego materiału w sposób dowolny oraz uznanie za wystarczająco dowiedziony fakt, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek towarowych przewozów kolejną zamiast, w aspekcie geograficznym – rynek Unii Europejskiej lub ewentualnie rynek Polski i Niemiec, w aspekcie produktowym – rynek przewozu towarów kolejną oraz transportu samochodowego zarobkowego lub ewentualnie dwa rynki odrębne tj. rynek przewozów całopociągowych oraz rynek przewozów rozproszonych w ramach którego występuje substytucyjność transportu kolejowego oraz transportu samochodowego zarobkowego,

9. naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. w związku z art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów jak również pominięcie istotnego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji uznanie, że (...) S.A. posiada pozycję dominującą na rynku właściwym zdefiniowanym jako krajowy rynek przewozów towarów kolejną,

10. naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz art. 104 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. poprzez wymierzenie kary rażąco nieadekwatnej w stosunku do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów starej ustawy.

W konkluzji apelacji powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości, zniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, a w przypadku nieuwzględnienia wniosków o uchylenie zaskarżonego wyroku wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu apelacji na okoliczności wskazane w uzasadnieniu apelacji, których potrzeba powołania powstała w związku z twierdzeniami Sądu I instancji zawartymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dotyczącymi umyślności działania spółki, zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie, że Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienia decyzję Pozwanego nr (...)z dnia 7 lipca 2009 roku w całości uznając, że praktyka polegająca na odmowie świadczenia przez powoda usług kolejowego przewozu towarów na rzecz jego konkurentów na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej powoda, nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie, że Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienia decyzję Pozwanego nr (...)z dnia 7 lipca 2009 roku w części określonej w pkt. II sentencji decyzji przez zmniejszenie nałożonej na Powoda kary pieniężnej stosownie do długości okresu trwania praktyki ograniczającej konkurencję, objętego kognicją Sądu Okręgowego w Warszawie.

Pozwany oraz zainteresowany wnieśli o oddalenie apelacji.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 20 marca 2012 r., oddalił apelację powoda, podzielając stanowisko Sądu Okręgowego, zarówno co do ustaleń faktycznych, jak i oceny prawnej materiału dowodowego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 9 § 1 w zw. z art. 47933 § 1-2 k.p.c. i art. 62 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r., Sąd Apelacyjny podniósł, że na podstawie art. 62 uokik z 2000 r. Prezes Urzędu mógł ograniczyć powodowi wgląd do materiału dowodowego sprawy. W niniejszej sprawie w decyzji Prezesa Urzędu wskazano, że załączniki nr 1 i 2 do decyzji zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Powodowi udostępniono wersję jawną załącznika nr 1. Informacje ujęte w załącznikach pochodziły z materiału dowodowego objętego ograniczeniem udostępniania go. Wobec tego należy zgodzić się z Prezesem Urzędu, że zawarcie tych informacji w załączniku do decyzji nie zmienia ich charakteru jako niejawnych dla powoda. Powód nie kwestionował ponadto zastosowania art. 62 uokik z 2000 r., nie można zatem zgodzić się z powodem, że nieprzesłanie mu wraz z decyzją załączników pozbawiło go prawa do obrony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 47914 § 2 w związku z art. 236 k.p.c., Sąd Apelacyjny uznał z kolei, że w postępowaniu z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w toku postępowania administracyjnego. Dowody zebrane w toku postępowania, wraz z ewentualnymi dowodami przeprowadzonymi przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, podlegają ocenie, która to ocena znajduje wyraz w wyroku sądu. Dlatego też powód nie może skutecznie podnosić zarzutu, że Prezes Urzędu rozstrzygnął sprawę niniejszą jedynie na podstawie twierdzeń Prezesa Urzędu bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, bowiem pozwany w odpowiedzi na odwołanie nie zawnioskował o przeprowadzenie jakichkolwiek dowodów.

Za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznał zaś zarzut naruszenia art. 47931a § 3 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie ze względu na nieuchylenie decyzji Prezesa Urzędu z powodu zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania. W ocenie Sądu Apelacyjnego rację ma Prezes Urzędu, twierząc, że brak wyraźnego zakazu wydawania przez organ postanowienia zmieniającego postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego.

Odwołując się do stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r., III SK 44/04, Sąd drugiej instancji przyjął, że do sądu należy zastosowanie odpowiedniej normy prawa materialnego na podstawie wyjaśnienia podstawy faktycznej. Apelujący nie może zasadnie powoływać się na ewentualne błędy proceduralne postępowania administracyjnego. Ponadto odesłanie w art. 126 k.p.a. do odpowiedniego stosowania przepisów k.p.a. dotyczących decyzji do postanowień, na które przysługuje zażalenie, oznacza dopuszczalność wznowienia postępowania w sprawach zakończonych takimi postanowieniami oraz stwierdzenia ich nieważności. Z odesłania tego wynika, że nie jest możliwa zmiana lub uchylene takich postanowień na podstawie art. 154, 155 i 161 k.p.a.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r., Sąd Apelacyjny stwierdził, że przepis ten ma charakter ogólny, a jednocześnie stanowi swego rodzaju klauzulę generalną zakazującą stosowania praktyk godzących w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji. Przepis ten daje więc swobodę w dokonaniu oceny i uznaniu innych, poza wymienionymi w art. 8 uokik z 2000 r., praktyk jako nadużycia pozycji dominującej. Negatywne oddziaływanie na rynek spedycji w niniejszej sprawie ma miejsce zarówno wówczas, gdy działania powoda prowadzą wprost do wyeliminowania z rynku określonych spedytorów, jak i wtedy gdy przewoźnik czyni to pośrednio oferując warunki nie do przyjęcia dla spedytora. W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie budzi wątpliwości, że stosowana przez powoda praktyka w stosunku do jego konkurentów spełnia przesłanki art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. Nie można uznać za uzasadnioną argumentacji powoda, jakoby sprawą decydującą dla udzielenia upustów były koszty związane z realizacją zlecenia przewozów. Gdyby takie kryterium wchodziło w grę, powód nie posługiwałby się pojęciem konkurenta. Skoro jednak powód odmawiał udzielenia upustów swoim konkurentom, to przyjąć należy, że w tym zakresie wykorzystywał swoją pozycję dominującą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 101 oraz 104 uokik z 2000 r. Sąd Apelacyjny wskazał na funkcję represyjną, prewencyjną oraz wychowawczą kary pieniężnej. Podkreślił przy tym, iż Prezes Urzędu, prowadząc określoną politykę karaną, wskazuje uczestnikom rynku, jakie działania uznaje za niepożądane, a jakie budzą jego aprobatę. Gdy organ w toku postępowania stwierdzi, że przedsiębiorca nadużył pozycji dominującej, to taka sytuacja będzie podstawą do nałożenia kary pieniężnej. Kara może być nałożona zarówno w sytuacji, gdy przedsiębiorca kontynuuje bezprawne

działania, jak i w sytuacji w której praktyka zostaje zaniechana. Kara pieniężna orzekana na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r. ma charakter kary dodatkowej w tym znaczeniu, że zwiększa dolegliwość kary zasadniczej, to jest nakazu zaniechania stosowania praktyki. Dlatego uchylenie decyzji w tym zakresie może nastąpić w przypadku dojścia przez Sąd Okręgowy do przekonania, że nie zachodzą powody do zastosowania art. 101 uokik z 2000 r., bądź że w świetle materiału dowodowego byłoby niecelowe nakładanie takich kar dla wzmocnienia dolegliwości kary zasadniczej.

Naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej może nastąpić nieumyślnie. Kara także może zostać nałożona w przypadku nieumyślnego naruszenia. Brak winy naruszcyciela, rozumianej jako zamiar działania niezgodnego z przepisami ustawy stanowi okoliczność, która ma wpływ na wymiar kary, w szczególności na ustalenie jej wysokości. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, postanowienie zawarte w Regulaminie sprzedaży wskazuje jednoznacznie, że świadomym celem powoda było stworzenie gorszych warunków korzystania z usług powoda podmiotom uznanym za konkurentów. Powód działał w obronie własnej pozycji rynkowej. Okoliczność ta winna mieć wpływ na wymiar kary pieniężnej. Biorąc pod uwagę pozycję rynkową powoda, wysokość dochodów, określenie wysokości kary na poziomie 11% maksymalnego ustawowego zagrożenie nie sposób uznać kary za nadmiernie wygórowaną.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości i wniósł o jego uchylenie w całości wraz z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania kasacyjnego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego.

W ramach procesowej podstawy skargi powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie: 1) art. 9 § 1 w zw. z art. 47933 § 1-2 k.p.c. i art. 62 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r., poprzez przyjęcie, że powodowi można było nie doręczyć lub uniemożliwić wgląd do załącznika nr 2 do decyzji (...), gdy załącznik ten stanowi integralną część uzasadnienia zaskarżonej decyzji, a nie materiał dowodowy w sprawie; 2) art. 47914 § 2 w związku z art. 382 i 391 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie, że odpowiedź Prezesa Urzędu na odwołanie od decyzji administracyjnej nie podlega rygorom przewidzianym dla odpowiedzi na pozew i w rezultacie oparcie rozstrzygnięcia na dowodach (bez wskazania jakich), które były objęte prekluzją dowodową; 3) art. 236 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie, że twierdzenia Prezesa Urzędu w sprawie z zakresu ochrony konkurencji nie podlegają ogólnym zasadom postępowania dowodowego w zakresie formalnego dopuszczenia dowodów i w rezultacie wydanie zaskarżonego wyroku w oparciu o twierdzenia Prezesa Urzędu zawarte w decyzji i odwołujące się do znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego dokumentów, co do których nie zostało wydane żadne postanowienie o przeprowadzeniu dowodu i które nie zostały w ogóle przywołane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku; 4) art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie dopuszczalności niewskazania dowodów, na jakich Sąd Apelacyjny oparł zaskarżone rozstrzygnięcie, braku jednoznacznego wyjaśnienia w jakim zakresie zaskarżone orzeczenie zostało wydane w oparciu o normy materialne zawarte w starej ustawie; 5) art. 385 k.p.c., przez oddalenie apelacji powoda, pomimo naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 47931a § 1 i 3 k.p.c. wskutek przyjęcia błędnej wykładni art. 110 k.p.a. w związku z art. 44 ust. 1 i art. 84 ust. 3 uokik z 2000 r. oraz art. 126 k.p.a., poprzez uznanie, że dopuszczalna jest zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego na wniosek jednej z jego stron i tym samym zmiana zakresu przedmiotowego postępowania już po jego wszczęciu i zawiadomieniu o tym stron, co wpłynęło na zakres kognicji Sądów obu instancji; 6) art. 385 k.p.c., poprzez jego zastosowanie zamiast art. 386 § 4 k.p.c., pomimo naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 47931a § 1 i 3 k.p.c. wskutek błędnej wykładni art. 84 ust. 1 i art. 86 uokik z 2000 r. przez przyjęcie, że skoro do postępowań wszczętych na podstawie starej ustawy i niezakończonych do dnia wejścia w życie nowej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, to wniosek (...)Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2008 r. mógł być potraktowany jako wniosek o wszczęcie postępowania, ewentualnie jego zmianę, a nie jako zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, w wyniku czego wyrok został wydany w sprawie, która częściowo nie mogła być objęta postępowaniem antymonopolowym wszczętym przez Prezesa Urzędu w dniu 15 grudnia 2006 r., w stosunku do podmiotu, który nie mógł posiadać statusu strony postępowania; 7) art. 321 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez orzeczenie o innej praktyce, niż zarzuca w skarżonej decyzji (rynek spedycji zamiast rynku przewozu towarów

koleją oraz „niestosowanie wobec wszystkich kontrahentów niższych cen pomimo ponoszenia mniejszych kosztów świadczenia usług” zamiast „przeciwdziałanie przez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych”); 8) art. 217 § 2 k.p.c. i art. 227 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c., poprzez przyjęcie dopuszczalności wydania wyroku bez przeprowadzenia postępowania dowodowego i pominięcie wniosków dowodowych na okoliczność braku winy umyślnej powoda w naruszeniu przepisów uokik z 2000 roku.

Prezes Urzędu i zainteresowany wnieśli o oddalenie skargi kasacyjnej powoda.

Wyrokiem z dnia 3 października 2013 roku Sąd Najwyższy w sprawie o sygnaturze akt III SK 67/12 uchylił zaskarżony wyrok ora poprzedzający go wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 9 maja 2011 roku i przekazuje sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut dotyczący dopuszczalności zmiany, w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu, postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, które to postępowanie zostało uruchomione na wniosek (art. 44 w związku z art. 84 uokik z 2000 r.), jeżeli zmiana ta polega na rozszerzeniu zakresu przedmiotowego postępowania. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że przepisy uokik z 2000 r. nie przewidywały możliwości zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego przez Prezesa Urzędu, działającego zarówno na wniosek, jak i z urzędu. Sąd Najwyższy podał, że postanowienie o wszczęciu postępowania odgrywa istotną rolę w zapewnieniu przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie praktyk ograniczających konkurencję odpowiednich gwarancji proceduralnych. W piśmiennictwie przyjmuje się co prawda, że sama zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania, nawet gdy prowadzi do rozszerzenia zarzutów, nie narusza formułowanych w doktrynie wymogów sprawiedliwości proceduralnej postępowania przed Prezesem Urzędu, nie mniej doktryna zwraca równocześnie uwagę na brak normatywnych podstaw dla akceptacji praktyki Prezesa Urzędu polegającej na zmienianiu w toku postępowania właściwego (antymonopolowego) postanowienia o jego wszczęciu. Zgodnie z ogólnymi regułami postępowania administracyjnego postanowienie, w braku przepisów szczególnych, może podlegać zmianie tylko i wyłącznie na zasadach określonych w k.p.a. Organ administracji jest zaś związany postanowieniem jako aktem kształtującym sytuację prawnoproceduralną adresatów.

Sąd Najwyższy podniósł, że postępowanie antymonopolowe wszczęto w niniejszej sprawie postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 15 grudnia 2006 r. Postępowanie dotyczyło nadużywania przez powoda pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6-10, który uprawnia powoda do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży” za konkurentów powoda, co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. Następnie postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie z dnia 15 grudnia 2006 r. w ten sposób, że nadał mu następujące brzmienie: „Działając na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 20890 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanawia, na wniosek zainteresowanego., wszcząć postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez powoda pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej (...) S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”.

Sąd Najwyższy wskazał, że przedmiotem postępowania w zakresie wyznaczonym przez postanowienie o wszczęciu postępowania z dnia z dnia 15 grudnia 2006 r. było zatem ustalenie przez organ antymonopolowy, czy powód nadużył pozycji dominującej tylko i wyłącznie poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych przy wykorzystaniu opisanych w postanowieniu Zasad sprzedaży. Po zmianie postanowienia o wszczęciu postępowania, dokonanej postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r., przedmiotem

postępowania było natomiast ustalenie negatywnego oddziaływania na konkurencję zachowania powoda polegającego na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych. W obu przypadkach istota zachowania powoda, które kwestionował Prezes Urzędu, była co prawda taka sama (odmowa świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych), ale zgodnie z postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r., ewentualne naruszenie reguł konkurencji polegało jedynie na odmowie świadczenia usług w oparciu o odpowiednie postanowienia Zasad sprzedaży, podczas gdy w myśl postanowienia o wszczęciu postępowania w brzmieniu nadanym postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. postępowanie dotyczyło już generalnie nadużycia pozycji dominującej przez dowolne zachowanie powoda polegające na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, niezależnie od tego, czy odmowa taka dokonywana była w oparciu o odpowiednio sformułowane i obowiązujące w określonym przedziale czasu postanowienia Zasad sprzedaży. Po wszczęciu postępowania postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. powód mógł, kierując się treścią zarzutu, podejmować działania zmierzające do minimalizacji ryzyka oraz dolegliwości ewentualnych sankcji dodatkowych, jakie Prezes Urzędu może zastosować niezależnie od uznania zachowania za antykonkurencyjne i nakazania zaniechania stosowania praktyki (stwierdzenia jej zaniechania). Zmiana kwestionowanych przez Prezesa Urzędu „Zasad sprzedaży...” skutkowałaby zaniechaniem stosowania praktyki objętej zakresem postępowania.

Zdaniem Sądu Najwyższego, w sprawach z zakresu ochrony konkurencji brak podstaw do posłużenia się wnioskiem analogicznym do rozumowania przedstawionego w uzasadnieniach wyroków sądów administracyjnych w sprawach z zakresu kontroli skarbowej (wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 28 marca 2008 r., I SA/Rz 699/07; wyrok WSA w Opolu z dnia 24 listopada 2010 r., I SA/Op 219/10).

Prezes Urzędu przed wszczęciem postępowania właściwego w sprawie antymonopolowej, uruchamianego pod rządami uokik 2000 na wniosek, mógł bowiem – na podstawie art. 43 tej ustawy i oczywiście w zakresie w nim uregulowanym – wszcząć postępowanie wyjaśniające. Celem postępowania wyjaśniającego było zaś wstępne ustalenie, czy istnieją podstawy do podjęcia interwencji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie wyjaśniające służyło zatem także zebraniu odpowiednich informacji pozwalających na określenie w postanowieniu o wszczęciu postępowania jego przedmiotu. Skoro zatem Prezes Urzędu dysponuje i dysponował możliwością wszczęcia postępowania wyjaśniającego celem ustalenia (wstępnego) sytuacji na rynku oraz potwierdzenia antymonopolowego charakteru sprawy z wniosku podmiotu legitymowanego na podstawie art. 84 ust. 1 uokik z 2000 r., to nie można mówić o występowaniu potrzeby zapewnienia Prezesowi Urzędu elastyczności działania poprzez modyfikowanie postanowienia o wszczęciu postępowania w toku postępowania, w sytuacji gdy art. 126 k.p.a. w związku z 110 k.p.a. wiąże z wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania określone skutki dla organu. Postępowanie antymonopolowe nie służy zgromadzeniu dowodów pozwalających na zakwestionowanie przez Prezesa Urzędu dowolnego zachowania przedsiębiorcy, lecz polega na rozstrzygnięciu o zasadności podejrzenia naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w postanowieniu o wszczęciu postępowania.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 479(31a) § 3 k.p.c., poprzez nieudzielenie ochrony prawnej powodowi w sytuacji, gdy przepisy uokik z 2000 r. w związku z art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a. nie upoważniały Prezesa Urzędu do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania zakończonego wydaniem decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie, a która to wada nie podlegała konwalidacji w postępowaniu sądowym.

Powód podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie, podtrzymując złożone zarzuty oraz wnosząc o uchylenie skarżonej decyzji.

Pismem z dnia 24 stycznia 2014 roku Prezes UOKiK przedstawił swoje aktualne stanowisko w sprawie wniósł o oddalenie odwołanie (...) S.A. od decyzji z dnia 7 lipca 2009 roku nr (...)w całości oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Z ostrożności procesowej pozwany wniósł o ewentualną zmianę zaskarżonej decyzji w części tj. zmianę pkt I decyzji poprzez uznanie za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającego zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt

5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowym przewozów towarowych polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 roku zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6-10 który uprawnia (...) S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży” za konkurentów (...) S.A. i stwierdzenie zaniechania ww. praktyki z dniem 30 czerwca 2007 roku oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zainteresowany wniósł o oddalenie odwołania.

Sąd Okręgowy ponownie rozpoznając sprawę ustalił, co następuje:

Pismem z dnia 22.06.2006 roku zainteresowany – (...) S.A. w W. złożył do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko (...) S.A. w W. w związku z nadużywaniem pozycji dominującej przez tą Spółkę. (k. 1-87 akt administracyjnych – bezsporne)

Postanowieniem z dnia 15.12.2006 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów wszczął na wniosek zainteresowanego, postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez powoda pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 roku zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad §5 ust. 6 – 10, który uprawnia powoda do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów powoda, co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. (k. 88 akt administracyjnych – bezsporne).

W tym też dniu 15.12.2006 roku Prezes Urzędu powiadomił powoda o wszczęciu powyższego postępowania i wniósł o ustosunkowania się do jego treści. (k. 89-91 akt administracyjnych – bezsporne)

Powód w pismach z dnia 15.01.2007 roku i 26.01.2007 roku przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 19.12.2007 roku zainteresowany rozszerzył wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego złożony w dniu 6.07.2006 roku. (k. 727-748 akt administracyjnych – bezsporne)

Pismem z dnia 11.07.2008 roku zainteresowany wniósł o zmianę postępowania prowadzonego przeciwko powodowi w opisany w piśmie sposób. (k. 820-827 akt administracyjnych – bezsporne)

Postanowieniem z dnia 12.08.2008 roku Prezes Urzędu na podstawie art. 123 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy z 15.12.2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16.02.2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów zmienił postanowienie z dnia 15.12.2006 roku o wszczęciu postępowania antymonopolowego, w ten sposób, że nadał mu następujące brzmienie: „Działając na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanawia, na wniosek (...) S.A. z siedzibą w W., wszczęć postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez (...) S.A. z siedzibą w W. pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów

przewidujących upusty od taryfy towarowej (...) S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15.12.2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji” (k. 828 akt administracyjnych – bezsporne)

Powód został zawiadomiony o powyższym w dniu 20.08.2008 roku i wezwany do zajęcia stanowiska. (k. 830-834 akt administracyjnych – bezsporne)

Powód odniósł się do powyższego pismem z dnia 8.09.2008 roku (k. 853-872 akt administracyjnych – bezsporne)

W dniu 7.07.2009 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję nr (...), w której na podstawie art. 9 w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 131 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu wszczętego na wniosek (...) Sp. z o.o. w W. postępowania antymonopolowego uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie przez (...) S.A. w W. pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji przez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej (...) S.A. i nakazał jej zaniechania; na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ww. ustawy nałożył na (...) S.A. w W. karę pieniężną w kwocie 60.362.071,69 zł. (słownie: sześćdziesiąt milionów trzysta sześćdziesiąt dwa tysiące siedemdziesiąt jeden złotych 69/100 gr) z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji decyzji oraz na podstawie art. 90 w związku z art. 131 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nadał pkt I sentencji decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Odwołanie od decyzji złożył powód.

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie dokumentacji znajdującej się w aktach sprawy i aktach administracyjnych.

Sąd Okręgowy, ponownie rozpoznając sprawę zważył, co następuje:

Wniesione przez powoda odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dopuścił się naruszenia art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a., które to nie upoważniały Prezesa Urzędu do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania zakończonych wydaniem decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie, a która to wada nie podlegała konwalidacji w postępowaniu sądowym.

Zdaniem Sądu w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu nie miał on prawa do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, które to postępowanie zostało uruchomione na wniosek (art. 44 w związku z art. 84 ustawy z ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.), jeżeli zmiana ta polega na rozszerzeniu zakresu przedmiotowego postępowania. Postanowienie o wszczęciu postępowania odgrywa istotną rolę w zapewnieniu przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie praktyk ograniczających konkurencję odpowiednich gwarancji proceduralnych. Zgodnie z ogólnymi regułami postępowania administracyjnego postanowienie, w braku przepisów szczególnych, może podlegać zmianie tylko i wyłącznie na zasadach określonych w k.p.a. Postanowienie to wiąże organ administracji, albowiem kształtuje sytuację prawną uczestników postępowania.

Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym postępowanie antymonopolowe wszczęto w niniejszej sprawie postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 15 grudnia 2006 r. Postępowanie dotyczyło nadużywania przez powoda pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6-10, który uprawnia powoda do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży”

za konkurentów powoda, co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z 2000 r. Następnie postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie z dnia 15 grudnia 2006 r. w ten sposób, że nadał mu następujące brzmienie: „Działając na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 20890 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanawia, na wniosek zainteresowanego., wszcząć postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez powoda pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej (...) S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”.

Wobec powyższego wskazać należy, że przedmiotem postępowania w zakresie wyznaczonym przez postanowienie o wszczęciu postępowania z dnia z dnia 15 grudnia 2006 roku było ustalenie przez Prezesa Urzędu, czy powód nadużył pozycji dominującej tylko i wyłącznie poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych przy wykorzystaniu opisanych w postanowieniu Zasad sprzedaży. Po zmianie postanowienia o wszczęciu postępowania, dokonanej postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r., przedmiotem postępowania było natomiast ustalenie negatywnego oddziaływania na konkurencję zachowania powoda polegającego na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych. W obu przypadkach istota zachowania powoda, które kwestionował Prezes Urzędu, była co prawda taka sama (odmowa świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych), ale zgodnie z postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r., ewentualne naruszenie reguł konkurencji polegało jedynie na odmowie świadczenia usług w oparciu o odpowiednie postanowienia Zasad sprzedaży, podczas gdy w myśl postanowienia o wszczęciu postępowania w brzmieniu nadanym postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. postępowanie dotyczyło już generalnie nadużycia pozycji dominującej przez dowolne zachowanie powoda polegające na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, niezależnie od tego, czy odmowa taka dokonywana była w oparciu o odpowiednio sformułowane i obowiązujące w określonym przedziale czasu postanowienia Zasad sprzedaży. Po wszczęciu postępowania postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. powód mógł, kierując się treścią zarzutu, podejmować działania zmierzające do minimalizacji ryzyka oraz dolegliwości ewentualnych sankcji dodatkowych, jakie Prezes Urzędu może zastosować niezależnie od uznania zachowania za antykonkurencyjne i nakazania zaniechania stosowania praktyki (stwierdzenia jej zaniechania). Zmiana kwestionowanych przez Prezesa Urzędu „Zasad sprzedaży...” skutkowałaby zaniechaniem stosowania praktyki objętej zakresem postępowania.

Zdaniem Sądu Prezes Urzędu zgodnie z treścią art. 110 k.p.a. był związany treścią postanowienia o wszczęciu postępowania od momentu jego wydania. Nie zaszła żadna sytuacja, która umożliwiała pozwanemu zmianę swojego postanowienia, tym bardziej, że wskazany w nim przedmiot postępowania, wpływał na możliwość obrony powoda przed stawianymi mu zarzutami oraz kształtowania swojego postępowania w przyszłości. Poprzez zmianę postanowienia o wszczęciu postępowania powód niejako został zaskoczony co do jego kształtu i przedmiotu, co mogło mieć wpływ chociażby na obowiązki nałożone na powoda oraz wymierzoną wobec niego karę.

Mając zaś na uwadze, że wskazanego naruszenia nie można konwalidować na drodze postępowania sądowego, decyzja podlegała uchyleniu. Wskazać w tym miejscu należy, że orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na potrzebę uchylenia decyzji administracyjnej w toku postępowania sądowego w sprawach regulacyjnych, jeżeli naruszenie prawa administracyjnego przez Organ wydający decyzję jest poważne i nie daje się konwalidować w postępowaniu sądowym. Jako przykład podać należy brak postępowania konsolidacyjnego w określonych sprawach regulacyjnych toczących się przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Brak taki nie jest możliwy do uzupełnienia w czasie postępowania toczącego się przed sądem powszechnym i prowadzi do uchylenia decyzji opatrzonej takim brakiem.

Dodać należy, że Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie był związany wykładnią prawa dokonaną w postępowaniu kasacyjnym przez Sąd Najwyższy zgodnie z treścią art. 398²⁰ k.p.c. Wobec czego nie brał pod uwagę wniosków

podnoszonych przez Prezesa Urzędu w piśmie procesowym z dnia 24.01.2014 roku oraz wniosków zainteresowanego podnoszonych na rozprawie w dniu 17.03.2004 roku.

Sąd nie rozpoznawał innych zarzutów powoda, jako bliżej idących, poprzestając na rozpoznaniu zarzutu prowadzącego do uchylecia skarżonej decyzji.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy w Warszawie –Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479^(31a) § 3 kpc uchylił zaskarżoną przez powoda w niniejszej sprawie decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 lipca 2009 roku nr (...)

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu w oparciu o art. 98 kpc, w zw. z § 14 ust. 3 pkt. 2 w zw. z § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Na kwotę 3900 zł składa się opłata sądowa w wysokości 1000 zł, opłata od apelacji oraz kasacji w kwocie po 1000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika za wszystkie instancje w stawce minimalnej w łącznej kwocie 900 zł.

SSO Dariusz Dąbrowski