



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KATOWICACH**

Katowice, dnia 24 grudnia 2013 r.

RKT-410-02/13/AD

DECYZJA Nr RKT – 50 / 2013

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko Asseco Business Solutions SA z siedzibą w Lublinie

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

- I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się** za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Asseco Business Solutions SA z siedzibą w Lublinie z dealerami sprzedającymi oprogramowanie komputerowe, niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, które polega na ustalaniu w umowach dealerskich detalicznych cen odsprzedaży ww. oprogramowania, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 18 grudnia 2012 r.**
- II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się** na Asseco Business Solutions SA z siedzibą w Lublinie **karę pieniężną** z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, w wysokości 373 548 PLN (słownie: trzystu siedemdziesięciu trzech tysięcy pięciuset czterdziestu ośmiu złotych).
- III. na podstawie art. 77 w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 oraz art. 264 § 1 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 267), w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **postanawia się obciążyć** Asseco Business Solutions SA z siedzibą w Lublinie kosztami opisanego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji postępowania w wysokości 24,45 PLN (słownie: dwudziestu czterech złotych czterdziestu pięciu groszy) oraz **zobowiązuje się** tego przedsiębiorcę do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Uzasadnienie

W imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeprowadzone zostało postępowanie wyjaśniające o sygn. akt RKT-400-15/12/AD mające na celu wstępne ustalenie, czy w ramach działalności Asseco Business Solutions SA w Lublinie (zwanej dalej Asseco, Spółką lub Producentem) związanej z dystrybucją oprogramowania wspomagającego

zarządzanie przedsiębiorstwem doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego. Poczynione w ramach przedmiotowego postępowania wyjaśniającego ustalenia dały podstawy do postawienia Asseco zarzutu wskazanego w pkt. I niniejszej decyzji.

W toku postępowania antymonopolowego Spółka odniosła się do postawionych jej zarzutów oraz udzieliła niezbędnych wyjaśnień w pismach z dnia 24 maja 2013 r. (dowód: karty nr 370 – 372) i z dnia 4 października 2013 r. (dowód: karta nr 437).

Spółka wskazała, że stoi na stanowisku, iż zawierane przez nią umowy w praktyce nie stwarzały żadnych możliwości eliminowania konkurencji na rynku w zakresie polityki cenowej realizowanej przez dealerów, ponieważ postanowienia umów dotyczące ustalania cen odsprzedaży oprogramowania WAPRO w praktyce nigdy nie były egzekwowane.

Spółka oświadczyła, że w celu wykluczenia jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych wcześniej zawieranych umów, z końcem 2012 r. przeprowadziła proces wypowiedzania umów i zastąpienia ich umowami zawartymi z wykorzystaniem nowego wzorca umowy.

Pismem z dnia 11 października 2013 r. zawiadomiono Spółkę o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i dnia 22 października 2013 r. zapoznała się ona z tym materiałem (dowód: karty nr 440, 444- 445).

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Strona postępowania

Asseco Business Solutions SA z siedzibą w Lublinie działa na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000028257 (dowód: karty nr 16 - 21).

Spółka Asseco połączyła się w 2007 r. z WA-PRO Sp. z o.o. w trybie art. 492 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1137 z późn. zm.) i na tej podstawie, stosownie do art. 494 § 1 ksh Asseco jest następcą prawnym WA-PRO Sp. z o.o. (dowód: karty nr 7, 21, 304, 324 - 325).

Asseco prowadzi działalność gospodarczą związaną z oprogramowaniem (dowód: karta nr 22), w tym jest producentem oprogramowania marki WAPRO, a więc oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem. Jest ona producentem oprogramowania wykorzystywanego przez przedsiębiorców m. in. przy prowadzeniu ksiąg podatkowych, finansów firmowych, kadr (dowód: karty nr 183 – 184).

Sieć sprzedaży

Sprzedaż jest prowadzona zarówno bezpośrednio przez Spółkę, jak i przez jej partnerów handlowych działających na terenie całego kraju (dowód: karty nr 7 i 371). Partnerzy handlowi działają co do zasady na podstawie umów o współpracy handlowej zawartej ze Spółką (lub jej poprzednikiem). Nabywają oni egzemplarze oprogramowania po cenach z rabatem w stosunku do ceny detalicznej zawartej z cenniku (opublikowanym na stronie internetowej Spółki). Sprzedaż na dalszym etapie dystrybucji, tj. pomiędzy dealerm a nabywcą detalicznym formalnie odbywa się na zasadach ustalonych przez tego dealera, czyli po cenach przez niego podanych odbiorcy. Partnerzy handlowi Asseco mają prawo do budowania własnej sieci sprzedaży bez powiadamiania o tym Spółki. Dealerzy mogą ponadto nabywać oprogramowania WA-PRO również z innych źródeł, niż bezpośrednio od producenta np. od innych dealerów (dowód: karty nr 7 - 8).

Dealerzy nie mają obowiązku informowania Spółki o podmiotach współpracujących z nimi w ramach tworzonych przez nich własnych podsieci i w większości przypadków tego nie robili i nie robią.

Informacje o subdealerach są dla Spółki dostępne jedynie w następujących okolicznościach:

- gdy dealer umieszcza na swej stronie internetowej wykaz współpracujących z nim subdealerów,
- gdy dealer posiada status dystrybutora, tj. należy do grupy największych współpracowników, jest podmiotem o rozbudowanej podsieci sprzedaży skupiającej co najmniej 30 innych przedsiębiorców, w celu weryfikacji, czy warunki te faktycznie spełnia, przy czym dystrybutor nie musi wskazywać wszystkich swych współpracowników (wystarczy 30 dowolnie wybranych),
- gdy dystrybutorzy przekazują Spółce na koniec każdego kwartału informacje o łącznej wielkości obrotów (przychodów) ze sprzedaży oprogramowania WAPRO osiągniętych przez subdealera z listy, o jakiej mowa powyżej (bez podziału na poszczególne produkty),
- Spółka występuje do dealera o dostarczenie informacji na temat obrotów ze sprzedaży oprogramowania WAPRO osiągniętych przez danego subdealera w celu podjęcia decyzji o odpłatności aktualizacji oprogramowania użytkowanego przez danego subdealera. Spółka stosuje zasadę, że w przypadku, gdy wartość obrotów dealera (subdealera) osiągnie w danym roku określony poziom, to podmiotowi takiemu przysługuje bezpłatna aktualizacja oprogramowania. Spółka gromadzi takie informacje w formie zbiorczej, bez uzyskiwania danych na temat cen jednostkowych (dowód: karty nr 302-303).

Umowy

Asseco zawiera ze swymi dealerami pisemne umowy o współpracy handlowej (dealerskiej), jednakże dopuszcza też możliwość nawiązania współpracy po poczynieniu ustnych uzgodnień dotyczących warunków nabycia egzemplarzy oprogramowania. W przypadku zawarcia ustnej umowy warunki dalszej odsprzedaży dokonywanej przez partnera handlowego pozostają w jego gestii. Spółka wskazała, że taka forma współpracy ma charakter wyjątkowy, natomiast podstawowym sposobem określenia zasad współdziałania jest zawarcie umowy na piśmie i dalsze postępowania w myśl jej postanowień (dowód: karta nr 8). Innym sposobem nabycia oprogramowania WAPRO jest jego kupno od innego dystrybutora, czego Asseco nie zabrania.

Jak to wskazano powyżej podstawowym sposobem nawiązania kooperacji jest zawarcie przez Asseco z partnerem handlowym *umowy o współpracy handlowej (dealerskiej)*. Asseco, jak i jej poprzednik prawny, zawarła począwszy od 2001 r. ponad (...) umów dotyczących nabywania egzemplarzy oprogramowania marki WAPRO (dowód: karty nr 36 - 66).

Zgodnie z oświadczeniem Spółki wykaz zawartych umów nie obrazuje stanu faktycznej współpracy pomiędzy przedsiębiorcami. Na podstawie wielu umów nie zawarto w rzeczywistości żadnej transakcji albo tylko nieliczne (np. jedną albo dwie). Część z umów nie była wykonywana od wielu lat, a część z podmiotów, z którymi umowy zostały zawarte już nie istnieje, jednakże umowy nie zostały z nimi przez długi czas formalnie wypowiedziane (dowód: karty nr 8 i 188).

Umowy o współpracy handlowej (dealerskiej) są zawierane z wykorzystaniem wzoru umowy (dowód: karty nr 25 – 34).

Z poczynionych przez Prezesa Urzędu ustaleń wynika, że stosowane przez Asseco i jej poprzednika prawnego **wzorce umów dealerskich** były modyfikowane według aktualnych potrzeb (dowód: karta nr 186). Spółka wskazała jednak, że można wyodrębnić cztery

zasadnicze wzorce umów o współpracy handlowej, które wedle potrzeby ulegały dalszym modyfikacjom z uwagi na istniejące w danym momencie potrzeby, co potwierdzają dokumenty zgromadzone w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego (dowód: karta nr 186).

Pierwszy ze wzorów obowiązywał **przed 2001 r.** Umowy zawarte z wykorzystaniem tego wzoru zostały wypowiedziane i nie były one przedmiotem oceny w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego.

Drugi wzór, w dwóch wersjach, był stosowany w latach **2001 – 2007** (dowód: karty nr 67 – 82, 227 – 230)

Trzeci wzór stosowano **od 2008 r. do III kwartału 2010 r.** (dowód: karty nr 238 - 244).

Czwarty wzór pozostaje w obrocie **od III kwartału 2010 r.** (dowód: karty nr 8, 25 – 34, 385 - 428).

W toku niniejszego postępowania ustalono, że w przeszłości umowom określającym zasady współpracy nadawano zróżnicowaną treść. Postanowienia wzorów umów i umów faktycznie zawartych kształtowały się w sposób opisany poniżej.

Wzór umowy stosowany w latach 2001 – 2007 (dowód: karty nr 227 – 230) zawierał następujące regulacje:

- § 2 ust. 5 *„W obrocie handlowym Dealer działa wyłącznie na własne ryzyko i odpowiedzialność”*.
- § 3 ust. 4 *„Dealer zobowiązuje się oferować i sprzedawać Klientom Pakiety Oprogramowania po cenach wynikających z aktualnie obowiązującego cennika detalicznego udostępnianego przez Producenta na jego stronie internetowej”*.

Wzór umowy stosowany w latach 2001 – 2007 wariant II (dowód: karty nr 231 – 237) zawierał następujące regulacje:

- § 2 ust. 5 *„W obrocie handlowym Dealer działa wyłącznie na własne ryzyko i odpowiedzialność”*.
- § 5 ust. 1 *„Dealer zobowiązuje się oferować i sprzedawać Użytkownikom Końcowym Pakiety Oprogramowania WA-PRO po cenach detalicznych, zgodnych z aktualnie obowiązującym cennikiem detalicznym udostępnianym przez Producenta na jego stronie Internetowej”*.
- § 5 ust. 2 *„Dealer ma prawo budować własną sieć sprzedaży i oferować swoim Dealerom Pakiety Oprogramowania WA-PRO stosując upusty od cen detalicznych według własnego uznania. W takim przypadku Dealer ma obowiązek dopilnować, aby zasada stosowania cen detalicznych dla Użytkowników Końcowych była przestrzegana również w jego własnej sieci”*.
- 5 ust. 8 *„Niezależnie od obowiązującej aktualnie tabeli rabatowej, Producent zastrzega sobie prawo do obniżenia rabatów ze skutkiem natychmiastowym, w stosunku do dealerów, którzy w istotny sposób naruszają warunki niniejszej umowy”¹*.

Umowy zawarte w latach 2001 – 2003 (dowód: karty nr 67 – 71, 126 – 131, 245 - 265) zawierały następujące postanowienia:

- § 2 ust. 5 *„W obrocie handlowym Dealer działa wyłącznie na własne ryzyko i odpowiedzialność”*.

¹ § 5 ust. 8 umowy z 2005 r. stanowiącej załącznik nr 16 *„Niezależnie od obowiązującej aktualnie tabeli rabatowej oraz trybu wprowadzania zmian określonego w ust. 7, Producent zastrzega sobie prawo do obniżenia rabatów ze skutkiem natychmiastowym, w stosunku do dealerów, którzy w istotny sposób naruszają warunki niniejszej umowy”*.

- § 5 ust. 1 „Dealer zobowiązuje się oferować i sprzedawać Użytkownikom Końcowym Pakiety Oprogramowania po cenach detalicznych, zgodnych z aktualnie obowiązującym cennikiem detalicznym („Załącznik nr 1”), udostępnianym przez Producenta na jego stronie internetowej”.
- § 5 ust. 2 „Dealer ma prawo budować własną sieć sprzedaży i oferować swoim Dealerom Pakiety Oprogramowania stosując upusty od cen detalicznych według własnego uznania. W takim przypadku Dealer ma obowiązek dopilnować, aby zasada stosowania cen detalicznych dla Użytkowników Końcowych była przestrzegana również w jego własnej sieci”.
- § 5 ust. 8 „Niezależnie od obowiązującej aktualnie tabeli rabatowej, Producent zastrzega sobie prawo do obniżenia rabatów ze skutkiem natychmiastowym, w stosunku do dealerów, którzy w istotny sposób naruszają warunki niniejszej umowy”².
- § 7 ust. 5 „W celu umożliwienia Producentowi kontroli przestrzegania przez Dealera warunków niniejszej umowy, a zwłaszcza ustalonej polityki cenowej, prawidłowości udzielania rabatów i licencji na Pakiety Oprogramowania – Dealer zobowiązuje się na życzenie Producenta udostępnić do wglądu prowadzoną ewidencję księgową /rachunkową związaną ze sprzedażą Pakietów Oprogramowania WA-PRO. Producent gwarantuje zachowanie udostępnionych danych w tajemnicy”.

Wzór umowy stosowany w latach 2008 – 2010 (do II kwartału) oraz umowy pochodzące z tego okresu (dowód: karty nr 238 – 244, 287 – 300) obejmowały następujące postanowienia:

- § 2 ust. 5 „W obrocie handlowym Dealer działa wyłącznie na własne ryzyko i odpowiedzialność”.
- § 5 ust. 1 „Dealer zobowiązuje się oferować i sprzedawać Pakiety Oprogramowania po cenach detalicznych sugerowanych zgodnych z aktualnie obowiązującym sugerowanym cennikiem detalicznym udostępnianym przez Pb WA-PRO na Stronach Internetowych”.
- § 5 ust. 2 „Dealer ma prawo budować własną sieć sprzedaży i oferować swoim Dealerom Pakiety Oprogramowania stosując upusty/ rabaty według własnego uznania w oparciu o własną wewnętrzną politykę handlową oraz własne umowy handlowe. Jednakże w takim przypadku Dealer ma obowiązek dopilnować, aby zasada stosowania wobec Użytkowników Końcowych cen detalicznych sugerowanych przez Pb WA-PRO była przestrzegana również w jego własnej sieci (...)”.
- § 5 ust. 9 „Niezależnie od obowiązującej na dany okres tabeli rabatowej oraz trybu wprowadzania zmian określonego w pkt. 8, Pb WA-PRO zastrzega sobie prawo do obniżenia rabatów ze skutkiem natychmiastowym w stosunku do Dealera, gdy stwierdzi iż w istotny sposób narusza on warunki niniejszej umowy”.

Analogiczne zapisy zastosowano także w umowach z 2005 r. (dowód: karty nr 177 – 182, 255 - 270), z 2006 r. (dowód: karty nr 273 – 277) oraz z 2007 r. (dowód: karty nr 280 – 286).

Obecnie stosowany wzór umowy obowiązujący od **III kwartału 2010 r.** (dowód: karty nr 25 - 35, 429 – 434) obejmuje następujące postanowienia:

- § 1 pkt 9 „cennik - dokument zawierający stosowane przez Spółkę dla klientów detalicznych ceny za produkty oraz za wykonywanie usług związanych z produktami, publikowany na stronach internetowych”.
- § 2 ust. 1 „Niniejsza umowa określa zasady stałej współpracy Spółki z Dealerem w zakresie nabywania od Spółki produktów w celu ich dalszej sprzedaży użytkownikom

² § 5 ust. 8 umowy z 2005 r. stanowiącej załącznik nr 16 „Niezależnie od obowiązującej aktualnie tabeli rabatowej oraz trybu wprowadzania zmian określonego w ust. 7, Producent zastrzega sobie prawo do obniżenia rabatów ze skutkiem natychmiastowym, w stosunku do dealerów, którzy w istotny sposób naruszają warunki niniejszej umowy”.

końcowym oraz promocji produktów, jak również zasady uczestnictwa Dealera w sieci dystrybucyjnej”.

- § 2 ust. 3 *„Na mocy niniejszej umowy Spółka powierza, a Dealer zobowiązuje się do stałej sprzedaży produktów użytkownikom końcowym i promocji produktów. Dodatkowo Dealer zobowiązuje się do wdrażania produktów i świadczenia usług serwisowych związanych z produktami (tj. usług technicznego wsparcia w zakresie eksploatacji produktów przez użytkowników końcowych, nie obejmujących usuwania wad / błędów produktów) na zasadach określonych przez Spółkę”.*
- § 3 ust. 10 lub § 3 ust. 11: *„Na wniosek Spółki, Dealer zobowiązuje się udostępniać Spółce raporty zawierające informacje dotyczące podejmowanych przez Dealera działań handlowych i promocyjnych w ramach wykonania postanowień niniejszej umowy. Zakres udostępnianej informacji będzie każdorazowo wynikiem wzajemnych ustaleń Stron”.*
- § 5 ust. 1 *„Sugerowane przez Spółkę ceny odsprzedaży przez Dealera produktów użytkownikom końcowym zawarte są w cenniku aktualnym na dzień wystawienia przez Dealera faktury dla użytkownika końcowego”.*
- § 5 ust. 2 *„Dealer ma prawo budować własną sieć sprzedaży i oferować swoim dealerom (subdealerom) produkty, stosując upusty lub rabaty według własnego uznania, w oparciu o własną wewnętrzną politykę handlową oraz własne umowy handlowe”.*

Umowa z października 2010 r. (dowód: karty nr 101 - 113) zawierała następujące regulacje:

- § 1 pkt 11 *„Cennik – dokument zawierający stosowane przez Spółkę dla klientów detalicznych ceny za produkty oraz wykonywanie usług związanych z produktami, publikowany na stronach internetowych”;*
- § 2 ust. 3 *„Na mocy niniejszej umowy Spółka powierza, a Dealer zobowiązuje się do stałej sprzedaży produktów użytkownikom końcowym lub subdealerom i promocji produktów. Dodatkowo Dealer zobowiązuje się do wdrażania produktów i świadczenia usług serwisowych związanych z produktami (tj. usług technicznego wsparcia w zakresie eksploatacji produktów przez użytkowników końcowych, nie obejmujących usuwania wad/błędów produktów) na zasadach określonych przez Spółkę”.*
- § 2 ust. 5 *„W obrocie handlowym Dealer działa wyłącznie na własny rachunek, ryzyko i odpowiedzialność”.*
- § 3 ust. 11 *„Na wniosek Spółki, Dealer zobowiązuje się udostępniać Spółce raporty zawierające informacje dotyczące podejmowanych przez Dealera działań handlowych i promocyjnych w ramach wykonania postanowień niniejszej umowy. Zakres udostępnianej informacji będzie każdorazowo wynikiem wzajemnych ustaleń Stron”.*
- § 5 ust. 1: *„Sugerowane przez Spółkę ceny odsprzedaży przez Dealera i subdealerów produktów użytkownikom końcowym zawarte są w cenniku aktualnym na dzień wystawienia faktury dla użytkownika końcowego”.*

Analogiczne regulacje obejmowały umowy z 2011 r. (dowód: karty nr 114 – 176), z tym, że numeracja poszczególnych postanowień różni się do wyżej wskazanej.

Stosowanie opisanego wzorca obowiązującego od III kwartału 2010 r. oraz okoliczność zawierania umów o treści odpowiadającej jego treści potwierdzają także przedstawione przez Spółkę inne umowy zawarte z jej dealerami (dowód: umowy z 2011 r. karty nr 114 – 125, 132 – 176, umowy z 2012 r. karty nr 83 – 100, 339 – 349, 356 - 366).

W tym miejscu wyjaśnić trzeba znaczenie pojęcia „wdrażania produktów”, które stosownie do zacytowanego § 2 ust. 3 umów mają odbywać się na zasadach określonych przez Spółkę. W toku niniejszego postępowania ustalono, że pod pojęciem tym należy rozumieć ogół czynności koniecznych do podjęcia w celu rozpoczęcia produkcyjnego korzystania z oprogramowania przez użytkownika końcowego, tj. korzystania z niego w warunkach rzeczywistej działalności operacyjnej. W pojęciu tym mieszczą się takie czynności jak

instalacja oprogramowania na odpowiednim sprzęcie komputerowym, konfiguracja czy parametryzacja oprogramowania, migracja danych, szkolenie osób korzystających z programu (dowód: karta nr 303).

Z zestawienia sporządzonego przez Spółkę według stanu na sierpień 2012 r. (dowód: karty nr 189 - 226) wynika, że była ona wówczas związana umowami zawartymi z wykorzystaniem poszczególnych wzorców w następującej ilości:

- z wykorzystaniem wzoru nr 2 – (...) umów;
- z wykorzystaniem wzoru nr 3 – (...) umowami;
- z wykorzystaniem wzoru nr 4 – (...) umowami.

18 grudnia 2012 r. Spółka Asseco wypowiedziała wszystkie umowy dealerskie zawarte z wykorzystaniem wzorców umów obowiązujących przed III kwartałem 2010 r. W obrocie pozostały jedynie umowy zawarte począwszy od III kwartału 2010 r. Następnie z częścią przedsiębiorców Asseco zawarła nowe umowy obowiązujące od 31 grudnia 2012 r.

Z nadesłanego przez Stronę zestawienia wynika, że obecnie jest ona związana (...) umowami pierwotnie zawartymi z wykorzystaniem wzorca stosowanego od III kwartału 2010 r. oraz (...) umowami obowiązującymi od 31 grudnia 2012 r. (dowód: karty nr 385 – 428).

Ustalanie cen detalicznych

Ceny detaliczne produktów marki Asseco WAPRO stosowane przez Spółkę przy sprzedaży bezpośredniej do użytkowników końcowych ustalane są wewnętrznie przez Spółkę. Ceny te zawarte są w cenniku detalicznym produktów WAPRO (dowód: karty nr 183 – 184, 383 - 384) opublikowanym na stronie internetowej Spółki pod adresem www.wapro.pl (Oferta>> Cennik) (dowód: karta nr 11).

Partnerzy Spółki są informowani o zmianach w cenniku detalicznym na co najmniej 30 dni przed jego wejściem w życie. Przekazywanie informacji jest realizowane za pomocą odpowiednich ogłoszeń zamieszczanych w dedykowanym (zamkniętym) serwisie dla partnerów handlowych, a za pośrednictwem poczty elektronicznej jest jednocześnie rozsyłany biuletyn informacyjny (newsletter) (dowód: karta nr 10).

Z wyjaśnień Spółki wynika, że ceny detaliczne stosowane przez jej partnerów z ich kontrahentami są ustalane w ich zakresie, bez ingerencji Spółki. Partnerzy handlowi Spółki nie są zobowiązani do przekazywania jej informacji na temat stosowanych przez nich cen detalicznych i w praktyce informacji takich nie przekazują. Spółka może natomiast wnioskować o przedstawienie przez dystrybutora raportu na temat podejmowanych przez niego akcji promocyjnych oraz działań handlowych. Działania takie są podejmowane sporadycznie i to w celu zbadania oddźwięku akcji promocyjnych stosowanych przez dystrybutorów we współpracy ze Spółką (dowód: karta nr 12).

Zaznaczyć trzeba, że jak poinformowała Spółka, nie posługuje się ona specjalnym cennikiem określającym ceny detaliczne, który byłby skierowany wprost do dealerów. Upublicznia ona natomiast swój cennik stosowany w relacjach z odbiorcami detalicznymi. Umowy zawierane z dealerami odsyłają do tego właśnie dokumentu (dowód: karta nr 371).

W toku niniejszego postępowania ustalono ponadto, że dealerzy faktycznie ustalają ceny detaliczne niezależnie od otrzymywanego cennika (dowód: karta nr 13).

Działania represyjne

Jak wynika z ustaleń poczynionych w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego Asseco nie podejmowała działań, których celem lub efektem byłoby obniżenie rabatów przedsiębiorcom, którzy nie stosowali się do postanowień umowy dealerskiej.

Przychody

W 2012 r. Spółka osiągnęła przychód w wysokości (...) zł (słownie: ...) (dowód: karty nr 370, 381 – 382).

Wielkość przychodów osiągniętych przez Asseco w 2012 r. ze sprzedaży oprogramowania WAPRO wyniosła (...) zł (słownie: ...) (dowód: karta nr 304).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Ad I

Interes publicznoprawny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu podejmuje działania w przypadku podejrzenia naruszenia przez przedsiębiorców interesu publicznego. Wobec powyższego warunkiem niezbędnym do oceny działania danego przedsiębiorcy w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, iż jego działania naruszyły interes publicznoprawny. W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest definicji ustawowej, co należy rozumieć poprzez interes publicznoprawny. Jednakże na tle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego, wykształconego co prawda w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale zachowującego swoją aktualność również obecnie, utrwalił się pogląd, iż naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas, gdy działaniami, będącymi przedmiotem postępowania, zagrożony jest interes ogólnospołeczny, co może mieć miejsce m.in. wówczas, gdy skutkiem określonych sprzecznych z przepisami ustawy działań, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku³.

Przykładowo należy wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98), w którym to wyroku Sąd uznał, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma służyć ochronie interesu ogólnospołecznego (publicznego) polegającego na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego, tj. prowadzenia przez przedsiębiorców działalności w warunkach konkurencji oraz możliwości swobodnego podejmowania decyzji, co do warunków prowadzenia tej działalności. Rynek taki może jednak funkcjonować prawidłowo tylko, jeśli zapewnione są warunki powstania i rozwoju konkurencji. Jedynie w warunkach niezakłóconej konkurencji, przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Istotą bowiem konkurencji jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług, oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy, jak

³E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wyd. Twigger, Warszawa 2002r., str. 13.

najniższej cenie. Decyduje o tym wolne i nieskrępowane działanie mechanizmów rynkowych w tym zapewnienie możliwości swobodnego podejmowania decyzji. Natomiast wszelkie formy uzgodnionych działań przedsiębiorców, których celem lub skutkiem jest ograniczenie wolności działalności gospodarczej uczestników rynków, są naruszeniem reguł konkurencji i stanowią naruszenie przepisów ustawy. Tym samym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym.

Ponadto na tle obowiązującego orzecznictwa antymonopolowego⁴, należy uznać, iż naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas, gdy działaniami będącymi przedmiotem postępowania antymonopolowego zagrożony jest interes ogólnospołeczny, choć ma miejsce także wtedy, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa antymonopolowego, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku lub, gdy działania te wywołują niekorzystne zjawiska na rynku. W tym kontekście oznacza to, iż dobrem chronionym przez przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza na rynku, gdyż w interesie publicznym leży istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych. Stąd też działania ograniczające powstanie lub rozwój konkurencji, lub też działania wskazujące na zagrożenie dla funkcjonowania rynku są praktykami niepożądanymi i naruszają interes publicznoprawny.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacja pojedynczego przedsiębiorcy (konsumenta), lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. W takich przypadkach ingerencja Prezesa Urzędu jest uzasadniona. Należy ponadto wskazać, iż przy ocenie czy doszło w danej sprawie do naruszenia interesu publicznoprawnego, nie należy poprzestać na zbadaniu ewentualnych negatywnych skutków dla bezpośrednich kontrahentów danego przedsiębiorcy, ale niezbędne jest spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania przedsiębiorstwa odbijają się na interesach konsumentów bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa, co może skutkować naruszeniem interesu publicznoprawnego. W tym kontekście w ocenie Prezesa Urzędu porozumienie cenowe zazwyczaj wywołuje niekorzystne działania na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję. Działania te naruszają więc interes ogólnospołeczny⁵.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż ustalanie cen sprzedaży towarów, a takie zachowanie było przedmiotem zarzutu postawionego Stronie niniejszego postępowania, godzi w tak rozumianą konkurencję, gdyż w sztuczny sposób prowadzi do zmiany stosunków rynkowych między zaangażowanymi przedsiębiorcami. Działania zmierzające do ujednoczenia warunków sprzedaży uznać należy za niedopuszczalną ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez niezależne podmioty, która skutkować mogła w sposób negatywny nie tylko w sferze konkurencji, ale również w stosunku do wszystkich rzeczywistych i potencjalnych finalnych nabywców towarów dystrybuowanych przez uczestników porozumienia, godząc w ich interesy ekonomiczne. Uznać zatem należy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zagrożony został interes publicznoprawny, co uzasadnia ocenę zachowania stron niniejszego postępowania antymonopolowego w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2008r., sygn. akt. III CKN 40/07.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.07.2003r., sygn. akt I CKN 496/01.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania strony niniejszego postępowania w kontekście zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ww. ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są 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.

Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości⁶.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia asortymentowego, a także geograficznego.

Tym samym elementami niezbędnymi do określenia rynku właściwego, jest jego zdefiniowanie pod względem produktowym i geograficznym.

Rynek produktowy

W ocenie Prezesa Urzędu rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym doszło do zawarcia porozumienia jest rynek hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem. Porozumienie to wywarło jednak wpływ na rynek dystrybucji oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem. Asseco jest producentem oprogramowania tego rodzaju marki WAPRO, które to oprogramowanie może być wykorzystywane przy prowadzeniu księgowości, czy np. kadr firmy. Jest to oprogramowanie o charakterze modułowym, składające się z wielu podsystemów, których wybór zależy od decyzji nabywcy.

Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż z punktu widzenia przedsiębiorców nabywających te towary celem dalszej odsprzedaży nie ma potrzeby dokonywać dalszej segmentacji towarów z uwzględnieniem kryteriów, jakie mogłyby być brane pod uwagę przy zakupie przez odbiorców finalnych.

Rynek geograficzny

Biorąc pod uwagę definicję rynku właściwego wynikającą z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rynkiem geograficznym właściwym w danej sprawie jest obszar, na którym biorąc pod uwagę bariery dostępu do tego rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji, czyli obszar, na którym warunki konkurencji, dotyczące danego towaru, są dostatecznie jednorodne i który można odróżnić od obszarów sąsiadujących. Na wielkość rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ naturalne cechy badanego towaru. Te bowiem bezpośrednio oddziałują na charakter jego transportu oraz udział kosztów transportu w jego cenie końcowej. Na granice

⁶ E. Modzelewska-Wąchal, op. cit, str. 49.

rynku geograficznego mogą mieć także wpływ czynniki natury prawnej, w szczególności wszelkiego rodzaju bariery dostępu do rynku takie, jak monopol prawny na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, cła, istotne różnice podatkowe, czy bariery pozataryfowe w postaci różnego rodzaju atestów lub świadectw bezpieczeństwa, mających istotne znaczenie w obrocie międzynarodowym.

Zdaniem Prezesa Urzędu rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym dla rynku hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem jest rynek krajowy.

Wyodrębniając obszar rynku właściwego pod względem geograficznym Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż hurtowi odbiorcy produktów sprzedawanych przez Asseco pochodzą z terenu całej Polski. Należy stwierdzić, że na różnych obszarach kraju występują względnie jednolite dla wszystkich przedsiębiorców warunki konkurowania. Właściwości towarów sprzedawanych przez Asseco nie ograniczają możliwości ich transportu, a koszty ich transportu nie stanowią czynnika, który ma znaczenie przy podejmowaniu przez dystrybutorów decyzji o współpracy z tym przedsiębiorcą, co również przemawia za krajowym zasięgiem tego rynku.

Dlatego też zdaniem Prezesa Urzędu rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest w przedmiotowej sprawie rynek krajowy.

Ostatecznie Prezes Urzędu uznał, iż rynkiem właściwym w tej sprawie **jest krajowy rynek hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem.**

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie antymonopolowym⁷ w przypadku porozumień ograniczających konkurencję ewentualne uchybienia w zakresie określenia rynku i błędne przyjęcie udziału rynkowego nie mają znaczenia dla treści rozstrzygnięcia. Definiowanie rynku właściwego w sprawach dotyczących zakazanych porozumień antykonkurencyjnych polegających na ustalaniu cen nie wymaga bowiem takiego stopnia precyzji, jaki konieczny jest przy rozpatrywaniu spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub koncentracji przedsiębiorców, gdzie udziały rynkowe stron mają istotne znaczenie. Dokładne wyznaczenie rynku właściwego w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych porozumień jest niezbędne jedynie wtedy, gdy należy poddać analizie skutki takiego porozumienia⁸. Jednakże, jeżeli można stwierdzić, iż dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie istnieje potrzeba brania pod uwagę konkretnych skutków, jakie to porozumienie wywołuje na danym rynku. Przy analizie niniejszej sprawy, szersza bądź węższa definicja rynku właściwego nie będzie miała istotnego znaczenia. Porozumienia polegające na ustalaniu cen sprzedaży towarów nie korzystają z wyłączenia spod zakazu przewidzianego dla tzw. porozumień bagatelnych. Są one traktowane bardzo restrykcyjnie i są niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Z tego punktu widzenia, szczegółowa analiza udziałów rynkowych uczestników porozumienia, która może być dokonana jedynie w oparciu o precyzyjnie określony rynek właściwy, nie jest konieczna w niniejszej sprawie.

Nadmienić należy, iż porozumienia polegające na ustalaniu minimalnych, czy też w określonej wysokości cen odsprzedaży nie podlegają wyłączeniu na podstawie § 11 obowiązującego od dnia 1 czerwca 2011 r. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu

⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14. 02. 2007r., sygn. akt XVII Ama 98/06; Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29. 05. 2008r., sygn. akt XVII Ama 53/07.

⁸ Por. R. Whish, *Competition Law*, Oxford University Press 2009r., str. 27.

porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 81, poz. 441). Nie podlegały również wyłączeniu na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących.

Stąd też, co do zasady porozumienia w zakresie ustalania cen sztywnych, czy też minimalnych nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu, gdyż są one traktowane bardzo restrykcyjnie i są niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu zarówno w krajowym, jak i wspólnotowym prawie konkurencji. Dlatego też bardziej szczegółowa analiza rynku właściwego w tej sprawie oraz pozycji zajmowanej na nim przez uczestników niniejszego porozumienia, dla oceny tego porozumienia nie ma zasadniczego znaczenia.

Istota, cel i skutki zawartego porozumienia

Asseco Business Solutions SA postawiono zarzut naruszenia **art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów** wskutek zawarcia niedozwolonego **porozumienia polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen odsprzedaży towarów**, poprzez przyjęcie, że sprzedaż oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem będzie prowadzona po cenach detalicznych ustalanych przez producenta w cenniku.

Po pierwsze ustalenia wymaga status Strony niniejszego postępowania. Jak mianowicie wynika z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarty w tym przepisie zakaz ograniczania konkurencji jest skierowany do **przedsiębiorców**. Rozważenia wymaga zatem, czy Strona niniejszego postępowania posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ww. ustawy.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ww. ustawy, przez „przedsiębiorcę” rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. W myśl art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem „przedsiębiorcy” należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 672) tj. osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy). „Działalnością gospodarczą” jest natomiast, zgodnie z przepisem art. 2 przedmiotowej ustawy, zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

W rozważanym przypadku podmiot będący stroną postępowania bez wątplenia posiada status przedsiębiorcy. Producent jest spółką prawa handlowego prowadzącą działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, a więc podmiotem prawa odznaczającym się wyodrębnieniem organizacyjnym i majątkowym, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Dla prawnego bytu praktyki ograniczającej konkurencję opisanej w art. 6 ust. 1 pkt 1 niezbędne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek:

- 1) zawiązanie się porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 i pkt 6 oraz art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;
- 2) nielegalny charakter porozumienia w postaci kwalifikowanego celu lub skutku porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym poprzez ustalenie bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Zawarcie porozumienia

Zawiazywanie porozumień ograniczających konkurencję może następować w sposób bezpośredni, na przykład pisemnie w umowie, bądź w następstwie uzgodnionego zachowania. W myśl definicji zawartej w art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez „porozumienie” należy rozumieć:

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

Należy również wskazać, iż ze względu na fazę obrotu gospodarczego, w jakiej dochodzi do zawarcia porozumienia wyróżniamy: porozumienia horyzontalne (zawierane pomiędzy konkurentami – przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu towarowego) oraz porozumienia wertykalne (zawierane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu np. na szczeblu produkcji i dystrybucji).

Zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 81, poz. 441) porozumienia wertykalne to porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, z których każdy działa - w ramach takiego porozumienia - na różnym szczeblu obrotu, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów. Rodzajem porozumień wertykalnych są porozumienia dystrybucyjne, których definicję zawiera art. 4 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem są to porozumienia zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup towarów dokonywany z zamiarem ich dalszej odsprzedaży.

Dla stwierdzenia, iż został naruszony zakaz, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest po pierwsze udowodnienie, iż w sprawie doszło do zawarcia porozumienia, po drugie zaś konieczne jest wykazanie, iż porozumienie to ma na celu lub skutkuje wyeliminowaniem, ograniczeniem lub innym naruszeniem konkurencji na rynku właściwym.

W świetle definicji zawartej w art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienie to zarówno umowa, stanowiąca dowód materialny i bezpośredni na jej zawarcie, jak i uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek innej formie. Porozumienie w formie umowy lub niektórych postanowień umownych odpowiada co do zasady cywilnoprawnemu pojęciu umowy. Do zaistnienia takiej umowy w obrocie towarowym koniecznym jest zatem złożenie przez strony zgodnych oświadczeń woli. Porozumieniem może więc być dwu lub wielostronna czynność prawna, na mocy której przynajmniej jedna ze stron zobowiązuje się do określonego działania lub zaniechania, rezygnując tym samym z pełni lub części swej swobody działania na rzecz innej strony.

Niezależnie od formy, w jakiej dochodzi do zawarcia porozumienia oraz niezależnie od tego, czy porozumienie ma charakter horyzontalny, czy wertykalny, o jego istnieniu decyduje zgodność woli dwóch lub więcej podmiotów gospodarczych wyrażona bądź to poprzez zawarcie umowy w sensie cywilnoprawnym, bądź poprzez określone zachowania faktyczne. Porozumieniem są zatem skoordynowane zachowania podejmowane w jakikolwiek sposób, które charakteryzuje dobrowolne ograniczenie pełni swobody decyzyjnej w zakresie

kształtowania przez uczestników rynku własnej i powiązanej z ryzykiem strategii rynkowej np. w odniesieniu do cen.

W niniejszym przypadku do zawiazania porozumienia doszło w drodze zawarcia przez Spółkę Asseco z jej partnerami handlowymi umów pisemnych w rozumieniu, jakie temu pojęciu nadaje ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)

W związku z powyższym należy wskazać, iż w rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia z zawarciem **porozumienia w formie pisemnej umowy**. Zarówno Asseco, jak i jej poprzednik prawny zawierał umowy z formie pisemnej, wykorzystując przy tym wzorce umów. Umowy o współpracy handlowej (dealerskiej) producenta łączyły nie tylko z podmiotami aktywnymi, z którymi faktycznie były przeprowadzane liczne transakcje, ale też z podmiotami dokonującymi transakcji zakupu oprogramowania w sposób sporadyczny. Łącznie umów o współpracy, o jakich mowa powyżej zawarto ponad (...).

Już wzór umowy obowiązujący od 2001 r. (w dwóch wariantach) obejmował w swej treści postanowienie, na mocy którego dealerzy byli zobowiązani do oferowania i sprzedaży oprogramowania WAPRO po cenach wynikających z cennika detalicznego udostępnionego przez producenta. Regulacje takie wynikały również z umów zawieranych z wykorzystaniem wzorca stosowanego do końca II kwartału 2010 r., co potwierdzają zgromadzone w niniejszym postępowaniu antymonopolowym nie tylko przedstawione przez Stronę wzorce umów, ale przede wszystkim umowy faktycznie zawarte z dealerami.

Istotne w okolicznościach niniejszej sprawy jest także to, że dealerzy działają w obrocie jako samodzielne, niezależne od Producenta podmioty gospodarcze. Zawierane przez nich umowy nie powinny więc regulować kwestii, które co do zasady powinny pozostawać w gestii podmiotów odznaczających się autonomią.

W toku postępowania spółka Asseco podniosła, że dealerzy mogą dowolnie kształtować stosowane przez siebie ceny detaliczne i w praktyce to czynią. Faktem jest, że umowy normujące zasady dystrybucji oprogramowania WAPRO objęły swym zakresem postanowienia, w których wprost wyrażono obowiązek oferowania i sprzedaży oprogramowania po z góry ustalonych cenach detalicznych. Zgromadzone w toku niniejszego postępowania wzorce umów oraz umowy partnerskie (dystrybucyjne, dealerskie) obejmowały kwestionowane zapisy nakładające na dealerów obowiązek stosowania detalicznych cen cennikowych. Strony pisemnych umów o współpracy zobowiązały się do postępowania zgodnie z tymi umowami, a partnerzy handlowi Producenta przyjęli zobowiązanie do udostępniania na jego życzenie dokumentów księgowych w celu umożliwienia przeprowadzenia kontroli zgodności postępowania dealera z zawartą umową. Umowy nie zapewniały zatem dystrybutorom autonomii w ustaniu cen oprogramowania.

Istotne w okolicznościach niniejszej sprawy jest to, że dealerzy działają w obrocie jako samodzielne, niezależne od Producenta podmioty gospodarcze i nawet w umowach dystrybucyjnych wprost zastrzeżono, że działają oni na własne ryzyko i odpowiedzialność. Umowy dotyczące zasad dystrybucji nie powinny więc regulować kwestii, które co do zasady powinny pozostawać w gestii podmiotów odznaczających się autonomią gospodarczą. Wbrew temu w niniejszym przypadku umowy te określały ceny, po jakich dealerzy mieli odsprzedawać oprogramowanie w ramach prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

W rozpatrywanej sprawie istnieją więc bezpośrednie dowody wskazujące na fakt zawarcia zarzucanego porozumienia, którymi są umowy handlowe (dealerskie) zawarte przez Asseco (lub jej poprzednika prawnego) z hurtowymi odbiorcami oprogramowania, którego ta jest producentem.

Nielegalny charakter porozumienia w postaci kwalifikowanego celu lub skutku porozumienia

Przez cel porozumienia należy rozumieć wolę jego uczestników wyrażoną, np. w treści danego dokumentu, jak również to, czego strony wyraźnie nie określiły w danym dokumencie, ale stawiają sobie za cel. Tym samym dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny jego cel, a nie subiektywne wyobrażenia uczestników tego porozumienia o celach, czy też motywach działania, gdyż antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania jego uczestników. Ponadto dla stwierdzenia, czy cel porozumienia jest antykonkurencyjny, należy uwzględnić nie tylko treść danego porozumienia, ale także inne czynniki, takie jak: cele porozumienia jako takiego w danym kontekście gospodarczym i prawnym⁹. Tym samym zakazem, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów objęte są nie tylko porozumienia, których jawnym celem jest ograniczenie konkurencji, ale także porozumienia, które faktycznie taki skutek wywołały lub też mogły wywołać. Oznacza to, iż dla faktu istnienia porozumienia drugorzędne są przyczyny zamieszczenia w umowie dystrybucyjnej zapisu zobowiązującego dystrybutorów do stosowania określonych cen.

Jak w jednym ze swoich wyroków wskazał Sąd Apelacyjny¹⁰, „(...) „Cel” porozumienia odnoszony jest najczęściej w polskiej doktrynie i orzecznictwie do motywacji stron porozumienia (celu podjętych przez nie działań). Ów cel wiązany jest jednak – przynajmniej w części wypadków – nie tyle z subiektywnym zamiarem naruszenia konkurencji, co raczej z zamiarem osiągnięcia określonych skutków, które to skutki mogą mieć antykonkurencyjny wymiar. Bowiem nawet jeżeli strony porozumienia nie mają świadomości bezprawności swoich działań, czy wręcz działają w dobrej wierze, ale analiza treści porozumienia pozwala na przyjęcie, iż celem jego zawarcia było naruszenie konkurencji, porozumienie takie kwalifikowane jest jako sprzeczne z prawem. Tak rozumiany „przedmiot porozumienia” odrywa się całkowicie od subiektywnych zamiarów stron, od „celu” ich działania. Liczy się bowiem wyłącznie treść porozumienia, to co wynika z jego postanowień dla konkurencji na rynku (...)”. Ponadto w wyroku tym Sąd stwierdził, iż porozumienie zawarte pomiędzy producentem, a jego dystrybutorem dotyczące ustalania cen odsprzedaży w sposób oczywisty ma na celu wyeliminowanie lub co najmniej ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Antykonkurencyjny charakter porozumienia wynika z samej treści umów handlowych zawieranych przez producenta z dystrybutorami, gdyż postanowienia nakazującego dystrybutorom przestrzegać określonych cen minimalnych w dalszej odsprzedaży nie można racjonalnie uzasadnić inaczej, niż poprzez przyjęcie, iż ma ono na celu ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej¹¹.

Tym samym przyjąć należy, że w niniejszej sprawie cel antykonkurencyjny wprost wynika z zawieranych przez Asseco umów o współpracy handlowej. W umowach tych zastrzegano mianowicie, że oprogramowanie WAPRO miało być sprzedawane odbiorcom detalicznym (końcowym) po cenach zgodnych z cenami wynikającymi z cennika detalicznego opracowanego przez Producenta. Wszyscy dealerzy, którzy zawarli pisemne umowy o współpracy handlowej przed III kwartałem 2010 r., byli zobowiązani do stosowania się do ww. wymogu. Obowiązek respektowania detalicznych cen ustalonych przez Producenta wynikał mianowicie z umów, w których była mowa o cenach oprogramowania, jak i z umów, w których posłużono się pojęciem „cen sugerowanych”. Ceny określane mianem

⁹ Wyrok ETS z dnia 6 kwietnia 2006r., w sprawie C-551/03 P General Motors BV, wyrok ETS w sprawie C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied, ECR 2006, s I-8725, pkt 136.

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20.07.2011r., sygn. akt VI ACA 141/11.

¹¹ Ibidem str. 13 i 14.

sugerowanych takimi w rzeczywistości nie były, gdyż w analizowanych umowach jednoznacznie określono ich poziom i wyraźnie sformułowano zobowiązanie do ich stosowania w takiej właśnie wysokości. Były to zatem ceny sztywne, od stosowania których nie przewidywano odstępstw. Zastosowana terminologia jest w tym przypadku niezgodna z faktycznym charakterem cen określanych w umowach dealerskich, wobec czego rzeczywista natura ustalanych cen ma w niniejszej sprawie znaczenie rozstrzygające.

Dodatkowo zważyć trzeba, że jeśli dany kontrahent miał zorganizowaną własną sieć dystrybucji, był zobowiązany do wdrożenia ww. zasady dotyczącej stosowania cen cennikowych także w swej sieci. Bez względu więc na to kto ostatecznie miał sprzedawać oprogramowanie odbiorcy indywidualnemu, miał on uczynić to po z góry określonej przez Producenta cenie.

W tym miejscu wspomnieć należy, że Producent dopuszcza możliwość nawiązania współpracy również w formie, przy której nie jest wymagane zawarcie umowy pisemnej. W przypadku umów zawieranych w formie ustnej dealerzy składają zamówienie, a uzgodnienia dotyczące warunków nabycia oprogramowania przez dealera są czynione właśnie w formie ustnej. Jak wynika z oświadczenia złożonego przez Spółkę, uzgodnienia czynione w takich okolicznościach nie dotyczą warunków odsprzedaży, których ustalenie pozostaje w gestii sprzedawcy detalicznego. W zakresie tak zawieranych umów nie możnaby więc mówić o naruszeniu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Taka forma współpracy jest jednak incydentalna i stanowi swego rodzaju wyjątek od reguły, na co zwróciła uwagę Asseco wskazując, że zdarzają się przypadki nawiązania współpracy w formie innej niż pisemna.

W przypadku, jeśli dealer nie respektował postanowień zawartej przez siebie umowy, Producent dysponował określonymi w tej umowie środkami represji. Był on mianowicie uprawniony do natychmiastowego obniżenia wysokości udzielanych danemu dealerowi rabatów, a więc do pogorszenia obowiązujących go warunków współpracy. Z tego wynika, że dealerzy byli narażeni na działania represyjne ze strony Producenta.

Powyżej opisane ustalenia prowadzą do wniosku, iż w rozważanym przypadku dochodziło do ustalania detalicznych cen oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem. W niniejszej sprawie wykazano, że cel zawieranych umów był antykonkurencyjny.

W toku niniejszego postępowania Strona podnosiła, że w rzeczywistości dealerzy stosowali ceny ustalone we własnym zakresie. Powyższa okoliczność nie ma jednak rozstrzygającego znaczenia dla oceny bytu zakazanego prawem porozumienia. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie w swoich orzeczeniach zajmował stanowisko, iż ustalanie przez uczestników porozumienia ogólnie obowiązujących cen, nawet, gdy ceny te nie są stosowane w praktyce, stanowi naruszenie zasad konkurencji, jeżeli ich celem jest naruszenie konkurencji¹². Podobnie również Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 7 listopada 2005 r. uznał, iż stwierdzenie wskazanej w art. 5 obowiązującej uprzednio ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) praktyki, następuje w drodze wykazania wspólnych uczestnikom porozumienia zachowań, nawet jeżeli na rynku nie ujawniają się antykonkurencyjne skutki

¹² Np. Wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 11.07.1989r. w sprawie 246/86 S.C.Belasco i inni p-ko Komisji Wspólnot Europejskich (Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 1. orzeczenia ETS z lat 1962-1989, str. 488), z dnia 17 października 1972r. w sprawie 8/72 Vereniging van Cementhandelaren p-ko Komisji („Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Orzeczenia ETS z lat 1962-1989, str. 138).

takiego działania¹³. Stąd też bez znaczenia dla stwierdzenia zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia jest, czy na skutek jego zawarcia wystąpiły skutki antykonkurencyjne oraz, czy doszło do zrealizowania zawartego porozumienia przez jego uczestników. Okoliczności te mogą mieć jedynie wpływ na ocenę stopnia szkodliwości zawartego porozumienia.

Porozumienia ograniczające konkurencję zarówno w prawie konkurencji, jak i w orzecznictwie organów ochrony konkurencji, uznawane są za poważne naruszenia tego prawa, zniekształcające konkurencję na rynku lub też zmierzające do jej zniekształcenia i oddziałujące niekorzystnie na uczestników rynku, tj. nie tylko na uczestników porozumienia, ale i na ich kontrahentów. Poprzez zawarcie niedozwolonego porozumienia konkurencji doprowadzają do ograniczenia własnej swobody decyzyjnej, jaka istnieje, gdy mechanizmy konkurencji działają w sposób nieskrępowany. W konsekwencji atrakcyjność oferty dla konsumentów ulega pogorszeniu.

Porozumienia mogą być zarówno porozumieniami poziomymi, tj. zawieranymi przez konkurentów, jak i pionowymi, czyli zawieranymi przez przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu towarowego, którzy nie są swoimi bezpośrednimi konkurentami. Do porozumień pionowych zalicza się w szczególności porozumienia dystrybucyjne, zawierane przez producentów lub importerów z odbiorcami, których skutkiem może być np. ustalanie cen odsprzedaży.

Przykładowy wykaz zachowań przedsiębiorców na rynku, które mogą być uznane za porozumienia ograniczające konkurencję zawiera art. 6 ust. 1 w pkt od 1 do pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednym z najcięższych naruszeń prawa konkurencji są porozumienia cenowe, które w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są na podstawie jej art. 6 ust. 1 pkt 1. Zgodnie z tym przepisem zakazane są w szczególności porozumienia polegające na ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio cen sprzedaży. Ten rodzaj porozumień był również zakazany na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 obowiązującej do dnia 20 kwietnia 2007 r. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ceny są elementem umowy na ogół najsilniej oddziałującym na relacje konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami, a zarazem wpływającym na atrakcyjność oferty dla nabywców. Nieskrępowana i niezakłócona konkurencja cenowa pomiędzy przedsiębiorcami pozwala na utrzymanie cen na poziomie możliwym do zaakceptowania zarówno dla konkurentów, jak i dla odbiorców końcowych. Wymusza ponadto na przedsiębiorcach podejmowanie działań zmierzających do racjonalizacji wysokości kosztów oraz wzrostu efektywności. Dlatego też prawo konkurencji, jak i orzecznictwo organów zajmujących się ochroną konkurencji, kładzie szczególny nacisk na wykrywanie tego rodzaju porozumień na rynku.

W myśl art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest nie tylko ustalanie cen, ale także i ich elementów, tj. np. marż handlowych, wszelkich narzutów do cen, rabatów, upustów, jak i innych składników kalkulacyjnych ceny mających wpływ na ostateczny poziom cen. Przy tym zakazane są porozumienia cenowe mające na celu ustalenie konkretnego poziomu cen, jak i cen minimalnych, czyli cen niższych od pewnego poziomu, których przedsiębiorcy będący stronami porozumienia nie mogą stosować w relacjach z kontrahentami.

Prawo zakazuje zawierania porozumień cenowych, gdyż mają potencjalny lub rzeczywisty wpływ na konkurencję. Typowym przykładem tego rodzaju praktyki jest ustalanie pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu cen odsprzedaży, gdyż

¹³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 07.11.2005r., sygn. akt XVII Ama 26/04.

ogranicza to możliwość reagowania przez dystrybutora na impulsy rynkowe, a w efekcie zniekształca działanie mechanizmów konkurencji. Należy zauważyć, iż prawidłowo funkcjonujący system konkurencji wywiera również wpływ na odbiorców końcowych, tworzy bowiem na nim możliwość dokonywania racjonalnych wyborów produktów, które najlepiej zabezpieczają potrzeby tych nabywców. Natomiast zakłócenie systemu konkurencji poprzez np. niedozwolone porozumienia cenowe powoduje, że ceny kształtują się na wyższym poziomie niż wynikałoby to z wolnorynkowej gry popytu i podaży. W wyniku porozumień ceny produktów ulegają sztucznemu podwyższeniu z oczywistą szkodą dla ich nabywców. Celem zakazu porozumień cenowych jest zatem oprócz maksymalizacji efektywności działań ekonomicznych, ochrona interesów odbiorców określonych towarów. Dla nabywców konkurencja oznacza bowiem bogatszą ofertę, niższe ceny i wyższą jakość towarów i usług.

Jak wskazano powyżej Asseco w umowach handlowych zwartych ze swoimi dealerami zobowiązała ich do odsprzedaży produktów z jej oferty po cenach detalicznych przez nią określonych. Równocześnie nieprzestrzeganie tego postanowienia przez dystrybutora narażało go na natychmiastowe pogorszenie warunków, na jakich sam nabywał on oprogramowanie komputerowe WAPRO. Oznacza to, iż Asseco zobowiązywała dystrybutorów swych produktów do stosowania określonych w umowie cen sztywnych oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, a dystrybutorzy akceptując i podpisując umowy zobowiązanie to przyjmowali. Między stronami ww. umów handlowych doszło zatem do ustalania sztywnych cen odsprzedaży oprogramowania komputerowego WAPRO.

W efekcie zawartego porozumienia Asseco mogła ograniczyć możliwość wystąpienia sytuacji, w których stosowane byłyby przy sprzedaży produkowanego przez nią oprogramowania ceny niższe od detalicznych cen cennikowych. Z kolei dystrybutorzy podpisując umowy handlowe w oparciu o zaproponowany przez tego Przedsiębiorcę projekt umowy, z dużym stopniem prawdopodobieństwa mogli przypuszczać, jaka będzie wysokość cen odsprzedaży wyrobów z jego oferty u innych dystrybutorów.

Tym samym zawarte porozumienie spowodowało, iż dystrybutorzy z większą, niż w przypadku jego braku, dozą prawdopodobieństwa mogli przewidzieć wysokość stosowanych cen przez innych dystrybutorów sprzedających wyroby Asseco, czyli konkurentów. Ograniczało to niepewność tych dystrybutorów, co do ich wzajemnego zachowania cenowego na rynku, na skutek czego doszło do ograniczenia rywalizacji cenowej między nimi. Tym samym celem zawartego porozumienia było ograniczenie konkurencji pomiędzy odbiorcami Asseco, czyli tzw. konkurencji „wewnątrzmarkowej”, nawet jeśli ustalenia te nie były stosowane w praktyce.

Z powyższego wynika, iż celem zawartej umowy, było ograniczenie dystrybutorom możliwości swobodnego ustalania cen sprzedawanych przez nich produktów WAPRO, czyli stosowania cen innych, niż ceny sztywne określone w umowie z Asseco. Tym samym została im ograniczona zdolność do bezpośredniego kształtowania, w relacji z klientami, cen sprzedawanych przez siebie produktów. Należy wskazać, iż Trybunał Sprawiedliwości, w swoim orzecznictwie uznał, iż narzucanie cen odsprzedaży „(...) czyni niemożliwym wprowadzanie metod sprzedaży pozwalających na zaopatrywanie konsumentów na warunkach ekonomicznie bardziej korzystnych, co potwierdza uczestnictwo w porozumieniu ograniczającym konkurencję”¹⁴. Należy również wskazać, iż wprowadzenie cen w określonej wysokości powoduje, że ceny na dany produkt są wyższe, aniżeli w warunkach niezakłóconej

¹⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17.01.1984r. w połączonych sprawach 43 i 63/82 De Vereeniging (...) p-ko Komisji (zb.orz. 1984, 19).

konkurencji, inaczej bowiem nie byłoby ekonomicznego uzasadnienia ich wprowadzenia. Stąd też ceny stosowane przez odbiorców nie poddane mechanizmom konkurencji mogły kształtować się na dalszych etapach obrotu na poziomie wyższym, niż w przypadku poddania ich swobodnej grze rynkowej przedsiębiorców. Dlatego też ujemne skutki zawarcia porozumienia mogły być odczuwalne przede wszystkim dla klientów dystrybutorów, tj. detalicznych nabywców oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, którzy mogli być zmuszeni do zakupu wyrobów Asseco po ustalonych pomiędzy stronami porozumienia cenach. Skutkiem tego ceny uiszczane przez finalnych odbiorców mogły kształtować się na wyższym poziomie, niż w przypadku poddania ich regulacji mechanizmom konkurencji.

Z powyższego wynika także, iż celem omawianego porozumienia było ograniczenie dealerom Asseco możliwości sprzedaży jej wyrobów po cenach niższych od ustalonych w cenniku detalicznym. Celem zawartego porozumienia było zatem istotne ograniczenie konkurencji cenowej pomiędzy dystrybutorami Asseco, co uzasadnia stwierdzenie naruszenia przez Stronę niniejszego postępowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dla oceny niniejszego naruszenia nie ma znaczenia, czy strony umów o współpracy handlowej kontaktowały się ze sobą w sprawie ustalania wysokości cen, czy tylko z Asseco. Prezes Urzędu zarzucił Asseco w niniejszej sprawie zawarcie porozumienia w układzie wertykalnym, tj. producentowi oprogramowania z jego dealerami.

Podobnie w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma znaczenia, czy strony umów o współpracy handlowej negocjowały ich warunki przed ich zawarciem, czy też dochodziło do zawierania umów w oparciu o narzucone przez producenta wzorce umów. W opinii Prezesa Urzędu przyzwolenie na zawarcie porozumienia może mieć również charakter milczący. Przedsiębiorca, który ewidentnie nie uczestniczy w niezgodnym z prawem porozumieniu powinien dowieść, że otwarcie zdystansował się od owego porozumienia. W przypadku natomiast, gdy umowę podpisuje i nie dystansuje się od jej treści, stwierdzić trzeba, że porozumienie zawarł. W badanej sprawie ustalono, że to Spółka Asseco była autorem wzorców umów, z wykorzystaniem których zawierano kwestionowane umowy. W okolicznościach niniejszej sprawy nie ma zatem wątpliwości co do tego, czy Strona postępowania wyrażała wolę zawarcia umów o określonej treści.

W toku postępowania Asseco podnosiła, że nie sposób uznać, iż uczestniczyła ona w niedozwolonym porozumieniu, gdyż zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienia, o jakich mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy w całości lub w odpowiedniej części są nieważne.

Mając na względzie całokształt zgromadzonego materiału dowodowego stwierdzić jednak trzeba, że argument ten nie zasługuje na uwzględnienie. Strony zawieranych na piśmie umów dealerskich miały zamiar związać się umowami o współpracy handlowej, ich współpraca w znakomitej większości była wieloletnia i brak jest podstaw do przyjęcia, że którykolwiek z przedsiębiorców kwestionował przynajmniej część z zapisów analizowanych umów. Ponadto umowy handlowe są dokumentami prawnymi. Prawa i obowiązki stron, oraz cel umowy, powinny być interpretowane na podstawie całości treści tej umowy oraz dokumentów jej towarzyszących, a nie tylko interpretacji części jej zapisów. Stąd też analiza, czy dealerzy podpisując umowy o współpracy handlowej zawarli niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję, powinna być dokonana mając na uwadze całość treści, kontekst umowy, oraz jej ewentualnych załączników. Te natomiast, tj. postanowienia umów o współpracy handlowej (dealerskiej) jednoznacznie świadczą o zamiarze ustalenia cen sztywnych odsprzedaży produktów marki WAPRO.

Jak już wcześniej zwrócono uwagę, dla oceny bytu niedozwolonego porozumienia, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma znaczenia okoliczność, czy dealerzy stosowali się do postanowień umownych kształtujących wysokość cen. Podmioty, które samodzielnie ustalają ceny, pomimo iż zobowiązały się do stosowania cen określonej wysokości, są uznawane za biernych uczestników porozumień. Niemniej jednak przedsiębiorcy tacy wciąż są uczestnikami niedozwolonego porozumienia. Rozstrzygające znaczenie ma natomiast to, że przedsiębiorca podpisując umowę dotyczącą stosowania przez niego cen na określonym poziomie przystąpił do porozumienia. Już samo zawarcie umowy ustalającej ceny stanowi niedozwoloną praktykę, niezależnie od tego, czy jej postanowienia były realizowane. Postępowanie przedsiębiorców na dalszym etapie po zawarciu umowy nie przekreśla bowiem celu, w jakim dane porozumienie zostało zawarte. Stanowisko to znajduje oparcie w orzecznictwie antymonopolowym. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 5 października 2010 r.¹⁵ stwierdził, iż z uwagi na treść przepisu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, sam fakt sprzedawania wyrobów po cenach innych niż w umowie nie ma wpływu dla stwierdzenia, czy porozumienie istniało na rynku, czy też nie. Dla oceny stwierdzonej praktyki nie jest bowiem istotne, czy porozumienie było realizowane oraz, czy skutki w postaci ograniczenia konkurencji wystąpiły w rzeczywistości. Zakaz sformułowany w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ww. ustawy obejmuje bowiem nie tylko te przypadki, w których osiągnięty został zamierzony skutek, ale dotyczy również samego uczestnictwa w porozumieniu wymierzonym w objęte ochroną dobro jakim jest swobodna konkurencja. Ponadto, jak wskazała Komisja w decyzji w sprawie przeciwko *Yamaha*, stwierdzającej uczestnictwo tego przedsiębiorcy w porozumieniu ograniczającym konkurencję, fakt istnienia w danym dokumencie klauzuli ograniczającej bezpośrednio lub pośrednio swobodę ustalania cen odsprzedaży przez dystrybutora, już samo w sobie jest naruszeniem konkurencji¹⁶. Jak zauważył również Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z dnia 29 listopada 2005 r. w sprawie *Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG v. Commission* dotyczącym odwołania od decyzji Komisji w sprawie uczestnictwa tego przedsiębiorcy w kartelu, z faktu, że przedsiębiorstwa dokonywały sprzedaży poniżej cen odniesienia, nie można wywieść, że porozumienie nie wywołało negatywnych skutków. Korzyść uczestników porozumienia wynikała z wzajemnej wiedzy o stanowisku w przedmiocie cen, co niemalże w całości zlikwidowało wzajemną niepewność w relacjach handlowych¹⁷. Stąd też brak realizacji stwierdzonego porozumienia może mieć wpływ jedynie na wysokość nałożonej kary na jego uczestników, nie może natomiast prowadzić do stwierdzenia, iż w sprawie tej nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Powyższe twierdzenia można odnieść nie tylko do realizowania umowy w jej zasadniczej części, tj. w zakresie dotyczącym stosowania cen na określonym poziomie, ale także w części dotyczącej stosowania represji z tytułu naruszenia warunków umów. Dla uznania, że doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia nie ma decydującego znaczenia to, czy przestrzeganie ustalonych cen podlegało kontroli oraz czy wobec podmiotów łamiących postanowienia zawartej umowy były wyciągane negatywne dla nich konsekwencje. Trybunał Sprawiedliwości w jednym z wyroków¹⁸ uznał, iż istnienie porozumienia nie musi zakładać istnienia systemu monitorowania i sankcji. Ponadto należy mieć na uwadze, iż każdy z

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 05.10.2010r., sygn. akt XVII Ama 106/08.

¹⁶ Punkt 141 decyzji w sprawie *Yamaha* (COMP/37.975/PO).

¹⁷ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 29.11.2005r. w sprawie *Dr Hans Heubach GmbH v. Commission* (T-64/02).

¹⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 06.01.2004r. w sprawie C-2/01 P i C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV p-ko Komisji Europejskiej* (zb. orz. 2004, I-23).

dystrybutorów miał świadomość, że niezastosowanie się do postanowień umowy w zakresie kształtowania polityki cenowej mogło spowodować pogorszenie warunków, na jakich współpracował on z Producentem i to w trybie natychmiastowym. Tym samym dealerzy podejmując decyzje o wysokości stosowanych cen musieli brać pod uwagę zapisy w tych umowach, co jest wystarczającą przesłanką do uznania, iż przedsiębiorcy ci musieli być świadomi przedmiotowych postanowień i rzeczywiście byli uczestnikami porozumienia. Tak więc fakt, iż w niniejszym przypadku działania takie nie miały miejsca może mieć wpływ jedynie na wymiar kary, natomiast nie może wpływać na rozstrzygnięcie w kwestii istnienia zмовы.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Prezes Urzędu zawarcie porozumienia, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za udowodnione.

Warunkiem niezbędnym do stwierdzenia przez Prezesa Urzędu, iż doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczające konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, iż porozumienie to nie podlega wyłączeniu z zakazu porozumień ograniczających konkurencję, na podstawie przepisów tej ustawy.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do porozumień, o jakich mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy, nie stosuje się wyłączeń, o jakich mowa w art. 7 ust. 1 tej ustawy. Stąd też mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić trzeba, że nie ma podstaw do wyłączenia w tym przypadku zastosowania zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Przedsiębiorcy będący uczestnikami przedmiotowego postępowania dopuścili się czynu, jaki został określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym ich działania nie pozwalają na zastosowanie wyłączenia z art. 7 ww. ustawy.

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

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

Obowiązek udowodnienie łącznego spełnienia w określonym przypadku wszystkich ww. warunków należy do przedsiębiorcy. W ramach niniejszego postępowania nie udowodniono, iż zostały spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym nie jest możliwe skorzystanie z dobrodziejstwa tego przepisu.

Ponadto art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Podobne uregulowania zawierał również art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.). W dniu 13 sierpnia 2002 r. zostało wydane na podstawie art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189 z późn. zm.),

obowiązujące do dnia 31 grudnia 2007 r. Rozporządzenie to zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 230, poz. 1691), obowiązującym od dnia 1 stycznia 2008 r. do dnia 31 maja 2011 r. Obecnie, od dnia 1 czerwca 2011 r. obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 81, poz. 441). Zarówno w myśl § 10 ww. rozporządzenia z 2002 r., jak i § 7 rozporządzenia z 2007 r. oraz § 11 rozporządzenia z 2011 r., wyłączenia określonych porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nie stosuje się do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień, mają na celu lub powodują ograniczenie prawa nabywcy do ustalania cen sprzedaży poprzez narzucanie przez dostawcę minimalnych, czy też o określonej wysokości cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem. Zawarcie w umowie tego rodzaju ograniczenia jest tzw. klauzulą niedozwoloną. Ustalanie zatem pomiędzy producentem (dostawcą) danych dóbr a dystrybutorem cen sztywnych, czyli cen o ustalonej wysokości, jest z mocy prawa zakazane i stanowi poważne naruszenie prawa konkurencji. Tym samym zakazane w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ustalanie cen odsprzedaży o określonej wysokości. „(...) *Taka formuła cen ogranicza w istotnym stopniu możliwość reagowania przez dystrybutora na impulsy rynkowe, a co za tym idzie, zniekształca działanie mechanizmów konkurencji (...)*”¹⁹, gdyż uniemożliwia danemu przedsiębiorcy oferowanie towarów po cenach korzystniejszych niż jego konkurencji. Powyższe oznacza, iż ustalanie przez strony porozumienia cen odsprzedaży towarów o określonej wysokości, nie podlega wyłączeniu spod zakazu porozumień na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także przepisów aktualnie obowiązującego rozporządzenia, jak i rozporządzenia z dnia 13 sierpnia 2002 r. oraz z dnia 19 listopada 2007 r.

Wobec powyższego porozumienie zawarte przez Asseco nie podlega wyłączeniom, o jakich mowa powyżej, a tym samym podlega ocenie w świetle przepisu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co zostało uczynione powyżej. Skutkiem przeprowadzonego postępowania antymonopolowego jest stwierdzenie, że Asseco dopuściła się naruszenia art. 6 ust. 1 pkt.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji oraz zaniechanie stosowania zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję

Asseco była związana umowami o współpracy handlowej (dealerskiej) ze swymi dystrybutorami, które to umowy zawierano od 2001 r. w brzmieniu, które zakwestionowano w niniejszej decyzji. Dopiero od III kwartału 2010 r. Asseco zawierała umowy, na mocy których nie zobowiązywała swych partnerów handlowych do stosowania cen odsprzedaży określonych przez nią samą. Choć Prezes Urzędu nie kwestionuje treści umów zawieranych przez Asseco od III kwartału 2010 r. w zakresie objętym niniejszym postępowaniem, to wobec tego, iż w obrocie wciąż pozostawały umowy zawarte przed tym okresem, należało stwierdzić, iż także po tym terminie niedozwolone porozumienie trwało.

Zgodnie z art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli Prezes Urzędu stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechanie jej stosowania. Jednocześnie art. 11 ust. 2 przedmiotowej ustawy stanowi, że powyższej decyzji nie wydaje się w

¹⁹ E. Modzelewska-Wąchał, op. cit., str. 73.

przypadku, gdy zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 6. W takim przypadku wydaje się decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdza zaniechanie jej stosowania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzą przesłanki pozwalające na stwierdzenie, iż Asseco zaprzestała stosowania zarzucanej jej praktyki z dniem 18 grudnia 2012 r. Spółka wypowiedziała wszystkie umowy o współpracy handlowej, którymi była związana, a które zawarto przed III kwartałem 2010 r. Z częścią dealerów Asseco ponownie nawiązała współpracę w oparciu o pisemną umowę, jednakże przy zawieraniu przedmiotowych umów zastosowała ona wzór umowy nie obejmujący kwestionowanych postanowień, które dały podstawy do przyjęcia, że Spółka dopuściła się naruszenia art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wobec powyższego należało orzec jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Ad II

Art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu określonego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej²⁰.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Jednakże art. 111 tej ustawy stanowi, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć²¹. Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić przy tym funkcję represyjną, tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także prewencyjną, czyli dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

W punkcie I sentencji niniejszej decyzji uznano za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez Stronę niniejszego postępowania ze swymi dealerami porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen odsprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem. Dlatego też nałożenie kary pieniężnej na Stronę tego postępowania Prezes Urzędu uznał za uzasadnione.

²⁰ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 08.11.2004r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., I CKN 793/98.

Asseco osiągnęła w 2012 r. **przychód** w wysokości (...) zł (słownie: ...) (dowód: karty nr 370, 381 – 382).

W następnej kolejności zaszła konieczność określenia szkodliwości opisywanej w niniejszej decyzji praktyki.

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu dokonał oceny **natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia**.

Przedmiotowe porozumienie ograniczające konkurencję zawiązane zostało pomiędzy Asseco, a jej dealerami. Było tym samym porozumieniem zawartym pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych etapach obrotu towarowego, czyli było tzw. porozumieniem „werytykalnym”, którego przedmiotem było ustalanie cen po jakich dealerzy powinni sprzedawać towary wprowadzane do obrotu przez Asseco na dalszych etapach dystrybucji. Ustalanie cen za sprzedaż produktów marki WAPRO miało na celu co najmniej ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej”, gdyż ceny te mogły stanowić dla dealerów Asseco podstawę do ustalania stosowanych przez siebie cen w jednakowej wysokości. Mogło to doprowadzić z jednej strony do ujednoczenia wysokości cen stosowanych przez partnerów handlowych Asseco, a z drugiej strony do kształtowania się cen na produkty marki WAPRO w wysokości wyższej niż w warunkach konkurencji. Oznacza to, iż bezpośredni skutek tego porozumienia mógł być odczuwalny przede wszystkim dla klientów tych przedsiębiorców, detalicznych odbiorców, gdyż ceny za ww. towary mogły kształtować się na rynku na poziomie wyższym, niż w przypadku poddania ich kształtowania swobodnemu mechanizmowi konkurencji.

Stąd też Prezes Urzędu kwestionowane porozumienie zaliczył do poważnych naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i postanowił przyjąć do dalszych wyliczeń wysokości kary pieniężnej, kwotę (...) % przychodu ogółem Strony niniejszego postępowania osiągniętego przez nią w 2012 r., czyli kwotę 432 347 zł (karty nr 370, 381 – 382).

Miarkując wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął po uwagę również **specyfikę rynku oraz działalności Przedsiębiorcy**, a w szczególności strukturę krajowego rynku hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, na którym doszło do zawarcia porozumienia. Przede wszystkim uwzględniono okoliczność, iż towary należące do wyznaczonego w tej sprawie rynku nie są towarami pierwszej potrzeby. Uwzględniono jednak jednocześnie, że są to produkty stosunkowo istotne dla podmiotów prowadzących własną działalność gospodarczą. Rynek sprzedaży oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem jest rynkiem konkurencyjnym. Nie istnieją też na nim szczególne bariery uniemożliwiające wejście na ten rynek, a prowadzenie na nim działalności nie wymaga posiadania przez przedsiębiorców dużego potencjału ekonomicznego. Ustalając wysokość kary pieniężnej uwzględniono również fakt, iż zawarte przez Asseco porozumienie może wydawać się w łatwy sposób odwracalne na rynku. Zawarte porozumienie mogło wpłynąć negatywnie na stan konkurencji na rynku, jednakże z okoliczności niniejszej sprawy nie wynika, aby jego istnienie spowodowało utrwalenie się na rynku pewnej nieformalnej struktury, która nie pozwalałaby na działanie w pełni konkurencyjne. W okolicznościach niniejszej sprawy podkreślić zatem trzeba, że przy miarkowaniu kary wzięto pod uwagę fakt, iż zawarte przez Asseco porozumienie, którego dotyczy niniejsza decyzja, odznaczało się antykonkurencyjnym celem, jednakże nie wywołało ono takiego skutku. Rozważając wymiar kary pieniężnej nakładanej na Stronę niniejszego postępowania Prezes Urzędu uwzględnił również przesłankę, iż przychody Przedsiębiorcy ze sprzedaży towarów należących do rynku właściwego określonego w niniejszej sprawie stanowiły w 2012 r. niewielką część jego przychodów ogółem. W tych okolicznościach obniżono wysokość kwoty bazowej o 40%,

Miarkując wysokość kary pieniężnej nakładanej na Asseco Prezes Urzędu uwzględnił również fakt **długotrwałości** zawartego porozumienia. Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego porozumienie to trwało od 2001 r. do 2012 r.

Należy wskazać, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotyczącym ochrony prawa konkurencji, w porozumieniach trwających wiele lat, różne uzgodnione praktyki i porozumienia są rozumiane jako część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji.

Dlatego też w niniejszej sprawie należy uznać, iż pomimo tego, że na przestrzeni lat Asseco wykorzystywała w obrocie różne wzorce umów, które w pewnym zakresie różniły się pomiędzy sobą, to uprawnione jest uznanie tego porozumienia, za jedno, trwające ponad 11 lat. Stąd też mając na uwadze długi okres trwania niniejszego porozumienia, Prezes Urzędu postanowił o podwyższeniu Stronie postępowania kwoty kary pieniężnej ustalonej na poprzednim etapie o 20 %.

Na kolejnym etapie rozważno wystąpienie w sprawie **okoliczności obciążających i łagodzących**.

W ocenie Prezesa Urzędu zawarcie niniejszego porozumienia miało charakter umyślny. Jak wykazało przeprowadzone postępowanie antymonopolowe, Asseco ustaliła treść warunków umów we wzorcach umów, które przedstawiała do podpisu podmiotom zainteresowanym podjęciem współpracy z nią. Spółka była stroną ponad 1000 umów tego rodzaju, co wskazuje na fakt, że jej działanie nie było incydentalne, przypadkowe, lecz zorganizowane i trwałe. Spółka wyraźnie powoływała się w zawartych umowach na obowiązek respektowania przez dealerów cen ustalonych przez nią w cenniku. Tym samym co najmniej celem zawartego porozumienia było ustalanie cen, po jakich partnerzy handlowi Asseco mogli sprzedawać wyroby marki WAPRO.

Przedsiębiorca ten mógł co prawda nie posiadać wiedzy, że zobowiązywanie innych przedsiębiorców do stosowania cen o określonej wysokości (bez względu na to, czy były one nazywane cenami detalicznymi, czy sugerowanymi cenami detalicznymi), które były cenami sztywnymi, stanowi w świetle przepisów prawa antymonopolowego niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję, niemniej jednak nie może to być usprawiedliwieniem dla takich działań. Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach rynku, takich jak przedsiębiorcy. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za niezgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 5 października 2010 r. (sygn. akt XVII Ama 106/08) stwierdził, iż *„Brak świadomości uczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu w sytuacji, gdy powód jest profesjonalistą, świadczy o lekkomyślnym podejściu do prowadzonej działalności gospodarczej, bez zastanowienia się nad skutkami takiego postępowania”*.

Ponadto Prezes Urzędu uznał, iż Strona niniejszego postępowania prowadzi działalność gospodarczą od kilkunastu lat oraz dysponuje wystarczająco długim doświadczeniem wynikającym z działalności na rynku, iż powinna zdawać sobie sprawę z ograniczeń, jakie nakłada na przedsiębiorców ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Powyższe skutkuje tym, iż w ocenie Prezesa Urzędu działanie Przedsiębiorcy musiało mieć charakter umyślny, a on sam musiał być świadom antykonkurencyjnego charakteru swego działania.

Jak słusznie wskazał Europejski Trybunał Sprawiedliwości np. w wyroku z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 246/86 S.C. Belasco i inni p-ko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb.Orz. 1989, 2117), czy też w innych orzeczeniach²², aby naruszenie było traktowane, jako

²² Prawo Konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 2: orzeczenia Sadu pierwszej Instancji z lat 1990-2004. Część 2. str. 808.

popelnione umyślnie, nie jest konieczne, aby „przedsiębiorstwo było świadome naruszenia reguł konkurencji, wystarcza natomiast, aby nie mogło być nieświadome, że sporne zachowanie miało na celu ograniczenie konkurencji”. Dlatego też w rozpatrywanej sprawie miarkując wymiar kary pieniężnej, Prezes Urzędu uznał, iż nawet jeśli strony umów o współpracy handlowej nie wiedziały, iż zawierają niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję, to jednak były świadome, iż ustalają ceny detaliczne, po jakich miało być sprzedawane oprogramowanie komputerowe. Stąd też Prezes Urzędu uznał, iż Spółka działała umyślnie i uznał tę przesłankę za obciążającą.

Ustalając wymiar kary pieniężnej nakładanej na Stronę niniejszego postępowania Prezes Urzędu uznał jako przesłankę go obciążającą fakt, iż przedsiębiorca ten był inicjatorem zawartego porozumienia. To on opracowywał i przedstawiał swym kontrahentom do podpisu wzory umów o współpracy handlowej.

Miarkując wysokość kary pieniężnej nakładanej na Asseco Prezes Urzędu uwzględnił również okoliczność łagodzącą, tj. fakt zaniechania stosowania tego porozumienia jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania antymonopolowego.

Mając na uwadze powyższe przesłanki obciążające i łagodzące Prezes Urzędu postanowił podwyższyć w przypadku tego przedsiębiorcy, karę pieniężną ustaloną na poprzednich etapach kalkulowania kary o 20 %.

Mając na uwadze powyżej wskazane okoliczności Prezes Urzędu postanowił o nałożeniu na Asseco kary pieniężnej w wysokości 373 548 zł (słownie: trzystu siedemdziesięciu trzech tysięcy pięciuset czterdziestu ośmiu złotych).

Kara w tej wysokości stanowi (...) % kary maksymalnej rozumianej jako 10% przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2012 r., jaka mogłaby być na niego nałożona za udział w porozumieniu.

W tych okolicznościach należało orzec, jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Ad III

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji przedmiotowej decyzji stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez stronę tego postępowania. Kosztami niniejszego postępowania są dla Prezesa Urzędu wydatki związane z doręczaniem stronie pism w toku postępowania. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć Asseco kwotą kosztów w wysokości 24,45 zł (słownie: dwudziestu czterech złotych czterdziestu pięciu groszy).

W związku z powyższym orzeczono, jak w punkcie III sentencji.

Koszty niniejszego postępowania, przedsiębiorcy wymienieni w punkcie 3 niniejszej decyzji, obowiązane są wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kpc – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z 479³² § 1 i 2 Kpc, należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

DYREKTOR DELEGATURY
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW W KATOWICACH

Maciej Fragsztajn