



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W KRAKOWIE**

L.dz. RKR-411-8/05/LP- /07

Kraków, dn. 17 września 2007r.

DECYZJA nr RKR - 71/2007

Na podstawie art. 105 § 1 k.p.a., w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. nr 244, poz. 2080 ze zm.), w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 ww. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. nr 18, poz. 172 ze zm.), w związku z art. 136 ust. 1 ww. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

umarza się postępowanie antymonopolowe wszczęte w dniu 3 sierpnia 2005 r. na wniosek przedsiębiorcy Piotra Kuczery prowadzącego działalność pod firmą Piotr Kuczera „Cafe Club” w Zakopanem przy ul. Zaruskiego 5, w związku z podejrzeniem nadużywania przez Nestle Polska S.A. w Warszawie **pozycji dominującej na krajowym rynku sprzedaży artykułów spożywczych, oferowanych w urządzeniach vendingowych, polegającego na:**

1. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, poprzez narzucanie przez Spółkę Nestle Polska, autoryzowanym przez nią operatorom, obowiązku różnicowania cen na artykuły spożywcze sprzedawane w urządzeniach vendingowych w zależności od tego, czy urządzenia zainstalowane są w punktach gastronomicznych, czy w biurach, szkołach i placówkach handlowych, tj. naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ww. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.
2. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na rynku, poprzez wprowadzenie zakazu instalowania urządzeń vendingowych w miejscach, w których funkcjonują już takie urządzenia innego operatora Nestle oraz narzucenie operatorom wysokości cen na artykuły sprzedawane w obsługiwanych przez nich urządzeniach vendingowych, tj. naruszenia w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.
3. podziale rynku według kryteriów podmiotowych poprzez różnicowanie przez Spółkę Nestle cen na artykuły spożywcze sprzedawane w urządzeniach vendingowych w zależności od tego, czy urządzenia zainstalowane są w punktach gastronomicznych, czy w biurach, szkołach i placówkach handlowych, tj. naruszenia w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadnienie

W dniu 17 stycznia 2005 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura Urzędu w Krakowie wpłynął wniosek przedsiębiorcy Piotra Kuczery prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Cafe Club” w Zakopanem. Wnioskodawca zażądał:

1. Wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko Nestle Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej Nestle lub Spółką) pod zarzutem stosowania praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, 5 i 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (zwanej dalej „ustawą antymonopolową z 2000 r. ”) polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku udostępniania urządzeń vendingowych poprzez:
 - stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
 - przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na lokalnym rynku sprzedaży napojów gorących, zup i przekąsek w urządzeniach vendingowych,
 - podział rynku sprzedaży napojów gorących, zup i przekąsek w urządzeniach vendingowych.
2. Wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko Nestle oraz Handlowy – Leasing S.A. w Warszawie pod zarzutem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, określonego w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej z 2000 r. .
3. Wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko Nestle oraz Ewie Karpiel przedsiębiorcy działającego pod nazwą „Aromado Serwis” z siedzibą w Krakowie, pod zarzutem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej z 2000 r., którego celem i skutkiem było wyeliminowanie z rynku Wnioskodawcy,

oraz uznania powyższych działań za praktyki ograniczające konkurencję i nakazanie zaniechania ich stosowania, a także nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Prezes Urzędu (zwany dalej także „organem antymonopolowym”) wszczął postępowanie wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia, czy w sprawie opisanej we wniosku P. Kuczery nastąpiło naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej, uzasadniające wszczęcie wnioskowanych postępowań antymonopolowych, W toku postępowania wyjaśniającego m. innymi przeprowadzono ankietę wśród potencjalnych konkurentów Nestle.

Na podstawie ustaleń postępowania wyjaśniającego, organ antymonopolowy, w dniu 2 sierpnia 2005 r. wydał decyzję nr RKR-50/2005 o odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawie:

1. zawarcia przez Nestle Polska S.A. oraz Handlowy – Leasing S.A. porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 ustawy antymonopolowej z 2000 r.,
2. zawarcia przez Nestle Polska S.A. oraz Ewę Karpiel prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Aromado Serwis” w Krakowie, porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 5 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy.

Powyższa decyzja nr RKR-50/2005 jest prawomocna.

Zarzuty i argumenty Wnioskodawcy w przedmiocie nadużycia przez Nestle Polska S.A. pozycji dominującej na rynku właściwym.

Zarzucając Nestle nadużycie pozycji dominującej, Wnioskodawca, który był autoryzowanym operatorem vendingowym tej Spółki, we wniosku z dnia 10.01.2005 r. oraz piśmie z dnia 23.03.2005 r. podniósł, że Nestle, w Kontraktach Operatorskich:

- ustala inne ceny w przypadku sprzedaży w urządzeniach zainstalowanych w punktach gastronomicznych, a inne - wyższe - w przypadku sprzedaży produktów w urządzeniach umieszczonych w biurach, szkołach i placówkach handlowych, przez co stosuje wobec swoich kontrahentów (takich jak on operatorów) i ich klientów zróżnicowane ceny na produkty sprzedawane w urządzeniach vendingowych, a nadto dzieli rynek,
- wprowadza zakaz instalowania urządzeń w miejscach, gdzie funkcjonują już takie urządzenia innego operatora tej Spółki oraz zakaz cenowego konkurowania między operatorami, co byłoby możliwe gdyby Nestle nie narzucała im cen, jakie mogą stosować w obsługiwanych przez nich urządzeniach.

W piśmie z dnia 23 marca 2005 r. – w odpowiedzi wezwaniu wystosowane na etapie postępowania wyjaśniającego - pełnomocnik Wnioskodawcy przyznał, iż zorganizowany przez Nestle system sprzedaży towarów poprzez sieć operatorów vendingowych jest porozumieniem wertykalnym, zawierającym zobowiązania wyłącznego zakupu oraz elementy dystrybucji franchisingowej, jednak twórcą i uczestnikiem tego porozumienia jest Spółka.

W ocenie Wnioskodawcy, Spółka Nestle posiada pozycję dominującą **na krajowym rynku udostępniania urządzeń vendingowych**. Pozycja ta sprawia, iż Nestle może – dysponując siłą i przewagą rynkową nad operatorami – wyeliminować z rynku każdego z nich, co w jego przypadku miało miejsce.

Wnioskodawca podniósł, że Spółka Nestle Polska jest przedsiębiorcą działającym w ramach grupy kapitałowej, w skład której wchodzi również zakłady produkujące wyroby cukiernicze i słodkie pod znakiem Goplana oraz zakłady produkujące koncentraty zupy w proszku pod znakiem Winiary. Sama Spółka Nestle prowadzi natomiast działalność w zakresie sprzedaży tych wyrobów w urządzeniach vendingowych. Stworzyła sieci sprzedające: napoje gorące (kawa, herbata, czekolada), zupy i przekąski.

Wg Wnioskodawcy urządzenia do sprzedaży poszczególnych ww. artykułów spożywczych stanowią odrębne rynki, ponieważ sprzedawane w nich artykuły nie są substytutowe.

Zdaniem Wnioskodawcy rynek sprzedaży vendingowej rozwija się bardzo dynamicznie i praktycznie w każdym miesiącu przybywają nowe urządzenia. Wg Wnioskodawcy na terenie Polski działa od 20.000 do 30.000 urządzeń vendingowych z czego ok. 60 % (12-13 tys.) należy do Spółki Nestle. Są to albo urządzenia stanowiące własność Nestle, albo przedsiębiorców, którzy zawarli z nią kontrakty operatorskie i nabyli je na własność, albo podmiotu finansującego ich leasing.

Wg Wnioskodawcy pomimo, że w sprzedaży „publicznej” dostępne są wszystkie rodzaje urządzeń vendingowych oraz części do nich, jednak są to urządzenia bez brandingu (oklejenia urządzenia znakami firmowymi Nestle i jej produktów). Takie urządzenia bez brandingu nie gwarantują sprzedaży. Aby dysponować urządzeniem z brandingami Nestle trzeba być operatorem tej Spółki i mieć z nią podpisany kontrakt operatorski. Najpierw trzeba zawrzeć kontrakt, którego postanowienia są - wg Wnioskodawcy – antykonkurencyjne, a następnie uzyskuje się urządzenie z brandingiem.

Wnioskodawca podniósł również, iż drugą barierą dostępu do rynku to brak swobodnego dostępu do produktów Nestle przygotowanych do automatów. Takie produkty mogą kupować wyłącznie autoryzowani operatorzy po narzuconych przez Nestle cenach.

Wnioskodawca wyróżnił także **drugi rynek właściwy** w sprawie, tj. **lokalny rynek sprzedaży artykułów spożywczych (napojów, zup i przekąsek) w urządzeniach vendingowych obejmujący pod względem geograficznym obszar dawnych województw nowosądeckiego i bielskiego**, na którym Nestle również posiada – wg Wnioskodawcy - pozycję dominującą.

O konieczności wydzielenia powyższego rynku lokalnego przesądza – zdaniem Wnioskodawcy – konieczność uzupełniania zapasów w urządzeniach i ich dowiezienia własnym transportem operatora, co determinuje również lokalizację tych urządzeń. Koszty tego transportu stanowią, w ocenie Wnioskodawcy, barierę dostępu do rynku oraz ograniczają terytorialny zasięg jego działalności. Wnioskodawca podał, iż obszar dawnych województw nowosądeckiego i bielskiego, jako teren jego działania, został mu narzucony przez Nestle, co również, wg niego, stanowi terytorialny podział rynku sprzedaży vendingowej.

Wg Wnioskodawcy opisane we wniosku nadużywanie pozycji dominującej przez Nestle oraz porozumienie Nestle z Leasing-Handlowy, a także porozumienie Nestle z przedsiębiorcą Ewą Karpiel (co do tych porozumień organ antymonopolowy, prawomocną decyzją odmówił wszczęcia postępowania – przyp. UOKiK), spowodowały wyeliminowanie go z tego rynku.

Przedmiot postępowania antymonopolowego wg postanowienia o jego wszczęciu.

Uwzględniając powyższą argumentację Wnioskodawcy oraz ustalenia postępowania wyjaśniającego organ antymonopolowy – w dniu 3 sierpnia 2005 r. - postanowieniem RKR-250/2005 wszczął, na wniosek P. Kuczery, postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Nestle Polska S.A. pozycji dominującej na krajowym rynku dystrybucji artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych funkcjonujących pod znakami producentów tych artykułów oraz za pośrednictwem autoryzowanych przez nich operatorów, polegającego na:

1. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, poprzez narzucanie przez Spółkę Nestle, autoryzowanym dystrybutorom, obowiązku różnicowania cen na artykuły spożywcze sprzedawane w urządzeniach vendingowych w zależności od tego, czy urządzenia zainstalowane są w punktach gastronomicznych, czy w biurach, szkołach i placówkach handlowych,
2. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na rynku, poprzez wprowadzenie zakazu instalowania urządzeń w miejscach, w których funkcjonują już takie urządzenia innego operatora Nestle oraz narzucenie operatorom wysokości cen na artykuły sprzedawane w obsługiwanych przez nich urządzeniach vendingowych,
3. podziale rynku według kryteriów podmiotowych poprzez różnicowanie przez Spółkę Nestle cen na artykuły spożywcze sprzedawane w urządzeniach vendingowych w zależności od tego, czy urządzenia zainstalowane są w punktach gastronomicznych, czy w biurach, szkołach i placówkach handlowych,

co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, 5 i 8 ustawy antymonopolowej z 2000 r.

W toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego zostało uprawdopodobnione, że Nestle Polska S.A. może posiadać pozycję dominującą na zdefiniowanym jw. rynku.

W okresie od września 2005 r. do marca 2006 r. organ antymonopolowy, przeprowadził odrębne badanie rynku związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej z wykorzystaniem urządzeń vendingowych. Ponieważ w wyniku analizy wyników badania okazało się, iż przedsiębiorcy objęci badaniem udzielili informacji, które nie do końca pozwalały na ustalenie udziału Nestle w rynku właściwym, w czerwcu 2006 r. przeprowadzono badanie uzupełniające. Informacje uzyskane w toku badań rynku zaliczone zostały w poczet dowodów niniejszego postępowania antymonopolowego, przy czym - na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej z 2000 r. – ograniczono do nich prawo wglądu.

Po przeprowadzeniu analizy wyników badania rynku, organ antymonopolowy - postanowieniem Nr RKR- 91/2006 z dnia 30 marca 2006 r. - zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego w zakresie określenia rynku właściwego.

Rynek ten został wówczas zdefiniowany jako „krajowy rynek sprzedaży artykułów spożywczych dystrybuowanych za pośrednictwem urządzeń vendingowych obejmujących urządzenia do samoobsługowej sprzedaży artykułów (AVM) oraz urządzenia służące do przygotowywania napojów, bez możliwości samoobsługowego dokonywania zakupu artykułów (TTM)”.

W wyniku dalszej analizy materiału dowodowego, w tym stanowiska Spółki Nestle oraz informacji udzielonych przez przedsiębiorców wskazanych przez tę Spółkę, organ antymonopolowy uznał, iż krajowy rynek dystrybucji artykułów spożywczych za pośrednictwem urządzeń vendingowych również nie jest właściwym w sprawie prowadzonej na wniosek przedsiębiorcy p. Piotra Kuczery, ponieważ dystrybucja vendingowa jest szczególnym rodzajem sprzedaży detalicznej, co wyklucza jego ogólnokrajowy zasięg, aczkolwiek Nestle jest przedsiębiorcą działającym na tym właśnie rynku geograficznym.

W związku z powyższym organ antymonopolowy, postanowieniem nr 194/2007 z dnia 17 kwietnia 2007 r., zmienił postanowienie nr RKR –91/2006 z dnia 30 marca 2006 r. w zakresie rynku właściwego, definiując go jako *krajowy rynek sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w urządzeniach vendingowych*.

Organ antymonopolowy, zmieniając dwukrotnie postanowienie o wszczęciu postępowania, w zakresie rynku właściwego, miał na względzie orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) oraz Sądu Najwyższego, w świetle którego ustalenie rynku właściwego w sprawie jest obowiązkiem Prezesa Urzędu. W wyroku z dnia 2.11.2005 r. (sygn. akt XVII Ama 72/04) SOKiK stwierdził, iż czynności polegające na wyodrębnieniu rynku właściwego ustalające udział w nim poszczególnych podmiotów organ antymonopolowy podejmuje z urzędu. Z kolei Sąd Najwyższy, w uzasadnieniu wyroku z dnia 7.05.2004 r. (sygn. akt III SK 32/04) podniósł, iż „*art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. w ogóle nie wymaga, aby określenie rynku właściwego musiało nastąpić już w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego – co więcej, zwykle przesłanka ta stanowi dopiero przedmiot ustalenia w tym postępowaniu, a więc przy udziale strony; dlatego właśnie określenie rynku właściwego w odniesieniu do pozycji dominującej konkretnego przedsiębiorcy możliwe jest zwykle dopiero w decyzji wydanej w wyniku wszczętego postępowania (...)*”.

Na potrzeby ustalenia udziału Nestle w *krajowym rynku sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w urządzeniach vendingowych*, Prezes Urzędu przeprowadził badanie pośród

przedsiębiorców wskazanych przez Nestle – jako sprzedający te same artykuły, które Nestle oferuje w urządzeniach vendingowych, tj. kawy, czekolady do picia, herbaty instant i zup i przekąsek. Ustalono wartość sprzedaży tych artykułów w latach 2004 i 2005 r. – tj. w roku, w którym Nestle wypowiedziała Wnioskodawcy kontrakt operatorki (2004 r.) oraz w roku złożenia wniosku i wszczęcia postępowania antymonopolowego (2005 r.).

Stanowisko i argumentacja Nestle Polska S.A.

Nestle Polska S.A., ustosunkowując się do zarzutów Wnioskodawcy podniosła, iż sytuacja w jakiej się znalazł jest wynikiem jego własnych działań. To nie Spółka Nestle ograniczyła obszar działania Wnioskodawcy do terenu dwóch byłych województw, lecz sam Wnioskodawca, którego siedziba mieści się w Zakopanem, podał że tam działa.

Zdaniem Spółki podział rynku na urządzenia do sprzedaży napojów zimnych, gorących, zup i przekąsek nie jest uzasadniony, gdyż nie uwzględnia ich możliwości technicznych. Obecnie z jednego urządzenia można sprzedawać różne produkty.

Nestle uważa, iż po uwzględnieniu kryterium bliskiej substytutywności, wyodrębnić można, w aspekcie podmiotowym, następujące rynki związane z vendingami:

- światowy rynek producentów i dostawców samych urządzeń,
- krajowy rynek producentów artykułów spożywczych oferowanych w urządzeniach,
- krajowy rynek usług związanych z udostępnianiem artykułów spożywczych w urządzeniach obejmujący operatorów tych urządzeń,
- krajowy rynek usług finansowych obejmujący podmioty finansujące leasing vendingów.

Na funkcjonowanie ww. rynków istotny wpływ mają - zdaniem Nestle - podmioty udostępniające lokalizacje pod instalację urządzeń vendingowych oraz konsumenci kupujący produkty w nich oferowane. Zakupy te dokonywane są pod wpływem impulsu, determinowanego ofertą produktów dostępnych w danym urządzeniu, a nie ściśle zdefiniowanych potrzeb konsumenta.

W ocenie Spółki pomiędzy uczestnikami ww. rynków nie zachodzi stosunek konkurencji w układzie wertykalnym, a jedynie w układzie horyzontalnym. Konkurentami Nestle na rynku produktów spożywczych wykorzystywanych do sprzedaży w automatach są wszyscy producenci z branży FMCG (Fast Moving Consumer Goods – konsumpcyjne produkty szybkozbywalne), w tym: Unilever Polska, Masterfoods Polska, Cadbury Wedel, Kraft Foods Polska, Tchibo Warszawa, Coca-Cola Beverages, Pepsico Trading, Elite Cafe, Agros Holding, Tymbark S.A., Polsnack.

Nestle wyjaśniła, że wskazane przez Wnioskodawcę: Goplana i Winiary to nie firmy, a jedynie słowno-graficzne znaki towarowe, którymi oznacza się produkty. Produkty oznaczone tymi znakami, jak również znakiem Nescafe, są dystrybuowane na rynku polskim nie przez grupę kapitałową, a przez Spółkę Nestle.

Stosownie do wyjaśnień Nestle, wg stanu na dzień 30.06.2005 r., Spółka posiadała 2.827 szt. urządzeń AVM – wszystkie w ramach kontraktów operatorskich (Spółka nie prowadzi bezpośredniej sprzedaży w urządzeniach AVM), oraz łącznie 4.860 szt. urządzeń TTM, w tym: 1.804 szt. w ramach kontraktów operatorskich i 3.056 szt., w których sama Spółka bezpośrednio sprzedaje swoje produkty.

Definicje obu ww. rodzajów urządzeń (AVM i TTM) zamieszczone zostaną w opisie stanu faktycznego sprawy.

Wg szacunków Spółki Nestle liczba urządzeń vendingowych autoryzowanych przez jej konkurentów z branży FMCG wynosi od 12.000 do 15.000. Ponadto na terenie Polski zainstalowanych jest od 7 do 10 tysięcy urządzeń vendingowych, które nie są autoryzowane przez tych przedsiębiorców. Udział nieautoryzowanych operatorów w rynku sprzedaży vendingowej artykułów spożywczych wynosi 30 – 40 %.

Nestle wyjaśniła dalej, że każdy przedsiębiorca, który nabył urządzenia vendingowe u działających na krajowym rynku ich sprzedawców, lub urządzenia te leasinguje na podstawie umowy z innym, niż Handlowy-Leasing S.A., finansującym (leasingodawcą), może zawrzeć umowę ze Spółką Nestle, na takich samych warunkach, jak operator, który wykorzystuje urządzenia Nestle leasingowane przez współpracujący z nią Handlowy-Leasing.

Nadto podniosła, iż każdy przedsiębiorca posiadający własne urządzenia vendingowe i nie związany z Nestle kontraktem operatorskim (przedsiębiorca ten jest bezpośrednim konkurentem operatorów Nestle, nie jest natomiast bezpośrednim konkurentem Spółki), może za pomocą tych urządzeń, za dowolną cenę, sprzedawać jej produkty. Automaty takie nie są zaopatrzone w branding Spółki, jednak nie jest tak, iż nie posiadają żadnych oznaczeń towarów w nich sprzedawanych. W automatach podawane są nazwy produktów, a jeśli są to produkty „markowe”, są one sprzedawane w oryginalnych opakowaniach. Ponadto, niektóre rodzaje automatów są tak skonstruowane, że same produkty widoczne są z zewnątrz.

Produkty Nestle dostosowane do sprzedaży w automatach, każdy przedsiębiorca – także nie związany kontraktem operatorskim - może nabywać w Spółce, u dystrybutorów cateringowych, hurtowniach, w półhurtce i w sieciach sprzedaży detalicznej.

Pełnomocnik Nestle, ustosunkowując się do zarzutów zawartych w postanowieniu o wszczęciu postępowania, w piśmie z dnia 5.09.2005 r., przede wszystkim podniósł, iż rynek właściwy w sprawie został w sposób nieuzasadniony zawężony. Podał w wątpliwość, zasadność wyodrębniania samego rynku dystrybucji za pośrednictwem urządzeń vendingowych. Sprzedaż za pomocą urządzeń vendingowych jest jednym z kanałów dystrybucji, substytucyjnym wobec tradycyjnych form dystrybucji (punkty handlowe, gastronomiczne itp.), zaś same urządzenia traktowane winny być jako jeden z technicznych sposobów sprzedaży, obok np. specjalnych przeszklonych lodówek (*cabinet coolers*). Powszechne jest – zdaniem Nestle - że w przypadku dystrybucji produktów spożywczych wyróżnia się dwa podstawowe rynki: (i) rynek dystrybucji produktów spożywczych przeznaczonych do konsumpcji w domu (*take-home channel*) oraz (ii) rynek dystrybucji produktów spożywczych do konsumpcji „na miejscu” (*on-premise channel*), które następnie odnosi się do poszczególnych kategorii produktów.

Wg Nestle, znaczna część automatów vendingowych znajduje się w miejscach, w których dostępne są alternatywne kanały zaopatrzenia się w produkt należący do kategorii produktów sprzedawanych w tych urządzeniach, a często w dokładnie ten sam produkt. Jest oczywistym - podniósł pełnomocnik - że jeśli w automacie vendingowym cena produktu jest wyższa, niż w znajdującym się obok sklepie, to konsument wybierze produkt tańszy. Badanie elastyczności cenowej popytu przeczy tezie, jakoby istniał odrębny rynek sprzedaży vendingowej.

Co do wnioskowanego przez P. Kuczerę podziału urządzeń vendingowych w zależności do rodzaju sprzedawanych w nich produktów i związanej z tym segmentacji rynku sprzedaży vendingowej Nestle stwierdziła, że:

- rynek dystrybucji produktów spożywczych w urządzeniach vendingowych jest rynkiem,

dla którego określenia decydujące znaczenie musi mieć sam sposób sprzedaży. Produkty sprzedawane w urządzeniach vendingowych, nie różnią się niczym od tego samo rodzaju produktów sprzedawanych w inny sposób. Jedynym wyróżnikiem jest metoda sprzedaży, w szczególności jej samoobsługowość oraz okoliczność, że decyzja o zakupie następuje pod wpływem impulsu wywołanego obecnością urządzenia,

- jeżeli już za najistotniejszą właściwość rynku uzna się właśnie sposób sprzedaży (kanał), w tym wypadku za pomocą urządzeń vendingowych, to nie należy tego rynku rozdrabniać dalej wg zupełnie innego kryterium, tj. kryterium rodzaju sprzedawanego produktu.
- przedsiębiorcy prowadzący sprzedaż produktów w urządzeniach vendingowych konkurują ze sobą przede wszystkim o lokalizację dla urządzeń. Jeśli w danej lokalizacji ustawiona może być ograniczona liczba maszyn vendingowych, to nie można obok siebie ustawić maszyn służących do sprzedaży wszystkich produktów, jakie sprzedaje się w urządzeniach,
- na rynku występują urządzenia vendingowe przystosowane do sprzedaży różnego rodzaju produktów. Ponieważ urządzenie jest obsługiwane przez jednego przedsiębiorcę, oznacza to, że przedsiębiorca obsługujący takie urządzenie, prowadzi sprzedaż wszystkich dostępnych w urządzeniu produktów. Także on konkuruje z przedsiębiorcami posiadającymi urządzenia o węższej i szerszej specjalizacji.
- sposób prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na vendingowej sprzedaży produktów spożywczych nie różni się istotnie w zależności od tego, jakie konkretnie produkty są w danym urządzeniu sprzedawane. Kluczowe dla prowadzenia tej działalności elementy, takie jak umiejętność znalezienia lokalizacji, zaopatrzenie się w produkty, utrzymywanie i serwisowanie urządzeń, są niezwykle podobne. Przedsiębiorca (np. niezależny operator), który sprzedawał w urządzeniach vendingowych zimne napoje nie będzie miał problemów z prowadzeniem urządzeń vendingowych sprzedających przekąski, bowiem sposób funkcjonowania rynku, potrzebne know-how, itp., są tożsame.

Nestle stoi na stanowisku, że jeżeli za decydujące kryterium wyodrębnienia produktowego rynku relewantnego - w postępowaniu antymonopolowym - przyjęto sposób sprzedaży za pomocą urządzeń vendingowych, wskazując na takie jej charakterystyczne cechy jak impulsywność, samoobsługowa metoda sprzedaży, to nie jest możliwe łączenie tak wskazanego kryterium z wąsko rozumianym kryterium produktowym. Przy takim podejściu nacisk przesuwa się ze sposobu sprzedaży na sprzedawany produkt. Segmentacja sprzedaży vendingowej na węższe rynki sprzedaży napojów gorących, zimnych i przekąsek nie odpowiada rzeczywistości rynkowej, ani od strony podaży (konkurencja o lokalizację nie zależy od rodzaju urządzenia), ani od strony popytu (substytucyjność produktów z uwagi na impulsowy charakter decyzji o zakupie).

Wg Nestle większość produktów serwowanych w urządzeniach vendingowych oferowanych przez Spółkę w postaci „wsadu” do tych urządzeń stanowi - dla nabywającego je operatora vendingowego – substytut tych wyrobów kupowanych w hurtowniach, pułturcie oraz sieci sprzedaży detalicznej (pismo Nestle z dnia 11.09.2006 r.). Są to kawa, czekolada do picia herbata i przekąski (snacki). Produkty te dostarczane są na rynek krajowy zarówno przez Nestle, jak i przez innych producentów lub importerów. Niektóre z nich są nawet dostępne w takich samych opakowaniach, jak te, które stanowią „wsad” do vendingów (np. Nescafe Gold – 500 g.). Wyjątkiem w tym zakresie są zupy oferowane jako „wsady” do vendingów, ponieważ ich receptura różni się od receptury zup instant oferowanych w tradycyjnych kanałach dystrybucji. Stosowanie w vendingach zup oferowanych w tradycyjnych kanałach dystrybucyjnych prowadziłoby bowiem do ich zbrylania i zapychania urządzeń.

Na powyższą okoliczność nie zwrócił natomiast uwagi sam Wnioskodawca. Pytany o to podniósł natomiast, że wszystkie artykuły stosowane w automatach do napojów gorących (kawa, herbata, czekolada do picia – przyp. UOKiK) były w opakowaniach niedostępnych w sprzedaży detalicznej i miały być (? - UOKiK) również niedostępne w sprzedaży hurtowej (pismo pełnomocnika P. Kuczery z dnia 29.08.2006 r.).

Oceniając rynek właściwy zdefiniowany w postanowieniu RKR-91/2006 z dnia 30 marca 2006 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego, Spółka Nestle stwierdziła, iż z punktu widzenia odbiorcy końcowego (konsumenta), nie ma znaczenia, czy artykuły spożywcze są oferowane w urządzeniach zaopatrzonych w branding producenta tych artykułów a także, czy sprzedaż prowadzona jest bezpośrednio przez tego producenta, czy przez autoryzowanego przez niego operatora.

Od technicznej strony funkcjonowania rynku, identyczny (samoobsługowy) jest sposób sprzedaży, same zaś artykuły są przez konsumentów identyfikowalne, niezależnie od tego, czy samo urządzenie posiada, czy nie posiada brandingu producenta.

Nestle zwróciła uwagę, iż bezpośrednia sprzedaż przez producenta swych towarów w maszynach vendingowych prowadzona jest z wydatnym udziałem podmiotów trzecich. W wielu wypadkach obsługą takich urządzeń zajmują się wyspecjalizowane podmioty zewnętrzne. Główna różnica polega więc przede wszystkim na tym, że w razie bezpośredniej sprzedaży, to ów sprzedawca jest właścicielem automatu, w przypadku sprzedaży przez operatorów, to oni są właścicielami automatów, względnie uzyskują do nich jakieś prawa od innych podmiotów (np. leasing). Od strony ekonomiczno-faktycznej różnica w sposobie dystrybucji jest jednak mniejsza, a dla ostatecznego konsumenta praktycznie niezauważalna.

Oceniając rynek od strony podażowej Nestle zauważyła, iż podmioty sprzedające towary w automatach konkurują pomiędzy sobą bez względu na to, czy należą do sieci operatorskiej. Dla autoryzowanego operatora Nestle konkurentami są nie tylko autoryzowani operatorzy innych uczestników rynku, lecz także podmioty prowadzące sprzedaż vendingową swoich produktów. Okoliczność ta ujawnia się np. podczas konkurencji o lokalizację dla automatów.

Nestle zwróciła także uwagę, iż na rynku dystrybucji artykułów spożywczych w vendingach nie występują żadne bariery prawne i strukturalne. Wskazała, iż polski rynek dystrybucji vendingowej znajduje się we wczesnej fazie rozwoju i rośnie w sposób dynamiczny. Liczba automatów w przeliczeniu na liczbę mieszkańców jest wyjątkowo niska nie tylko w porównaniu z krajami Europy Zachodniej, ale również Europy Środkowo-Wschodniej. Nestle wskazała przy tym, iż zgodnie z ugruntowanymi poglądami oraz praktyką organów ochrony konkurencji, na rynkach nowych i dynamicznych, z dużą ostrożnością należy podchodzić do istnienia pozycji dominującej, gdyż statyczne udziały rynkowe nie oddają rzeczywistości gospodarczej i mogą prowadzić do nieuzasadnionej ingerencji.

Ustosunkowując się do szczegółowych zarzutów Wnioskodawcy, Nestle wyjaśniła, że nie narzucała operatorom obowiązku różnicowania cen w zależności od lokalizacji automatu vendingowego. Podniosła również, iż takie ewentualne różnicowanie uzasadnione jest zwykle różnymi krzywymi popytu różnych kategorii odbiorców, co nie jest na gruncie prawa konkurencji zakazane.

Odnosząc się do zarzutu zakazu instalowania urządzeń w miejscu gdzie funkcjonują już takie urządzenia innego operatora, Spółka Nestle podniosła, iż jedyną podstawą takiego zarzutu mogłyby być postanowienia „Kodeksu postępowania w grupie preferowanych operatorów vendingowych Nestle Foodservices”, uchylonego z dniem 1 maja 2004 r. Jednakże, jak wskazała, Kodeks ten – także przed jego uchyceniem - nie zawierał tak brzmiącego zakazu,

gdyż stanowił jedynie o zakazie montażu urządzenia w miejsce urządzenia zamontowanego przez innego operatora Nestle, czyli o zakazie fizycznego usuwania urządzeń innych operatorów.

Co do narzucania cen, Spółka wskazała, iż kwestionowane zapisy już nie obowiązują. Wprowadzie same umowy operatorskie zmieniono dopiero od 1 maja 2004 r. jednak Nestle, już w 2003 r., dostarczała operatorom cenniki zawierające jedynie niewiążące ich ceny sugerowane. Na dowód Spółka Nestle przedłożyła kserokopię obrazu 3 stron www. Nestle Food Services, z ikonami „plików do pobrania”, w tym:

- „cennik standardowy – sugerowany.xls” oznaczony datą 02.09.2003 (N:/Foodservices/SALES SUPPORT VENDING/PRICE LISTS/Operatorzy/2003/09.2003
- „cennik standardowy – sugerowany 13.11.03.xls” oznaczony datą 30.11.03 (N:/Foodservices/SALES SUPPORT VENDING/PRICE LISTS/Operatorzy/2003/11.2003,
- „cennik standardowy – sugerowany 01.12.03.xls” oznaczony datą 01.12.03 (N:/Foodservices/SALES SUPPORT VENDING/PRICE LISTS/Operatorzy/2003/12.2003

Wg Nestle okoliczność ta sprawia, iż postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte po terminie, o którym mowa w art. 93 ustawy antymonopolowej z 2000 r.

W toku przeprowadzonego postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny sprawy:

1. Pan Piotr Kuczera prowadzi działalność gospodarczą w zakresie dzierżawy, obsługi, serwisu urządzeń vendingowych i sprzedaży w nich artykułów spożywczych, na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej pod nr 419/00, prowadzonej przez Burmistrza Miasta Zakopane.
2. Nestle Polska S.A. w Warszawie jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Sądu Rejonowego dla Miasta st. Warszawy nr KRS 0000025166. Przedmiotem jej działalności jest głównie: produkcja, kupno, sprzedaż, eksport i import artykułów spożywczych.
3. Strony definiują urządzenia vendingowe (**AVM** - Automatic Vending Machines) jako automaty sprzedające, na monety lub żetony, służące do samoobsługowej sprzedaży towarów.

Podobną definicją posługuje się Polskie Stowarzyszenie Vendingu, w którego statucie napisano, iż (cyt): *termin „vending” oznacza sprzedaż automatyczną towarów i/lub usług (napoje gorące, napoje zimne, pakowane artykuły spożywcze, przekąski i posiłki, lody oraz inne produkty w tym artykuły nieżywnościowe np. środki higieniczne, bilety, karty telefoniczne) wydawanych za pośrednictwem automatów sprzedających przy użyciu monet, żetonów, banknotów, kart chipowych itp.* (źródło: strona internetowa Polskiego Stowarzyszenia Vendingu – www.psv.org.pl).

Pomimo, że w świetle definicji urządzenia vendingowe to automaty „sprzedające” (*vendor* - *sprzedawca*), powszechnie używa się jej również w odniesieniu do urządzeń typu *table top* (TTM). Na stronie Stowarzyszenia można przeczytać, np. że: *„Automaty typu table top, szczególnie te z zaparzacami ciśnieniowymi, też zapewne znacznie powiększą swój udział w polskim rynku vendingu”.*

TTM (Table Top Machines), to urządzenia do serwowania napojów, typu ekspres do kawy, które służą do przygotowywania napojów, bez możliwości samodzielnego

dokonywania zakupu produktów z tych urządzeń przez konsumentów. Instalowane są głównie w zakładach pracy, hotelach, gastronomii na podstawie umów o odpłatne lub nieodpłatne korzystanie przez osoby trzecie.

Uwzględniając powyższe, w dalszej części decyzji, skrót AVM odnosił się będzie wyłącznie do automatów do sprzedaży artykułów spożywczych (automatów „sprzedających”), skrót TTM odnosił się będzie wyłącznie do urządzeń do serwowania napojów, np. ekspresów do kawy (bez możliwości samoobsługowej sprzedaży napoju), zaś oba te rodzaje urządzenia razem określane będą terminem „urządzenia vendingowe” (vendingi).

4. W dniu 25.07.2002 r. Piotr Kuczera zawarł z Nestle Kontrakt Operatorski (zwany dalej „Kontraktem”), którego przedmiotem było określenie praw i obowiązków stron w zakresie:

- dystrybucji uzgodnionych produktów dostarczanych przez Nestle w urządzeniach do serwowania napojów i innych produktów,
- akwizycji, instalacji, obsługi i serwisu urządzeń,
- pochodzenia urządzeń i ich znakowania oraz stosowania produktów w urządzeniach.

W szczególności Kontrakt przewiduje, że Nestle udziela Operatorowi autoryzacji, tj. prawa korzystania ze znaków towarowych, do których uprawnione jest Nestle (Nescafe, Goplana, Winiary, Maggi, Perrier, Vittel, San Pellegrini i innych w zależności od tego, jaki produkt będzie serwowany w urządzeniach). W zamian Nestle zobowiązuje Operatora do:

- korzystania wyłącznie z tych urządzeń, które albo stanowią własność Operatora, albo są leasingowane przez Operatora od firmy leasingowej na warunkach uzgodnionych z Nestle. Jeżeli nie są to urządzenia dostarczane przez Nestle, lecz stanowią własność Operatora, to wówczas muszą spełniać wymogi dystrybuowanych produktów Nestle (§ 4 pkt 1 i 2 Kontraktu),
- zaopatrywania się w produkty wyłącznie bezpośrednio w Nestle lub w wyjątkowych sytuacjach u wskazanych przez Nestle dystrybutorów (§ 2 pkt 4),
- przestrzegania zakazu konkurencji, tj. nie podejmowania współpracy z podmiotami zajmującymi się sprzedażą produktów konkurencyjnych w stosunku do dostarczonych przez Nestle (§ 6 pkt 2).

5. „Szczegółowe warunki handlowe” stanowiące załącznik do Kontraktu zobowiązywały Operatora do odsprzedaży produktów klientom po cenach ustalonych przez Nestle i wynikających z aktualnych list cenowych dostarczanych przez Nestle (pkt I.3).

Od dnia 1.05.2004 r. Nestle wprowadziła zmiany, wg których operatorzy zobowiązani są do odsprzedaży produktów po cenach „*rekomendowanych przez Nestle*” (pkt I.3. Szczegółowych warunków handlowych po zmianie).

W pkt I.4. Szczegółowych warunków handlowych, Nestle zobowiązała się do dostarczenia produktów do magazynu Operatora, przy czym - przy zamówieniu o wartości nie mniejszej niż 10.000 zł - dostawa zrealizowana była na koszt Nestle.

Zawarty między stronami Kontrakt Operatorski określa ponadto:

- zasady wzajemnej współpracy w zakresie wyszukiwania lokalizacji, w których instalacja urządzeń zapewni rentowny - ustalony przez strony - poziom sprzedaży produktów (§ 3 pkt 1),

- obszar działania operatora; w przypadku Wnioskodawcy obszar ten obejmował województwo bielskie, katowickie oraz nowosądeckie według wcześniejszego podziału administracyjnego (§ 3 pkt 4),

a także stanowi, iż:

- w przypadku nieterminowego regulowania przez Operatora zobowiązań płatniczych, Nestle będzie uprawniona do nie wypłacania wypracowanych rabatów, naliczania odsetek ustawowych oraz do wstrzymania dostaw (§ 6 pkt 4),
- podjęcie przez Operatora jakiegokolwiek współpracy z podmiotami konkurencyjnymi w stosunku do Nestle, bez jej zgody lub świadome i powtarzające się stosowanie przez Operatora w urządzeniach innych produktów niż uzgodnione w Kontrakcie, uprawniać będzie Nestle do rozwiązania kontraktu ze skutkiem natychmiastowym i żądania zapłaty kary umownej. Operator może zwolnić się od zapłaty tej kary, jeżeli dokona przeniesienia na Spółkę Nestle lub wskazany przez nią podmiot praw i obowiązków ze wszystkich umów najmu powierzchni i umów o współpracę z klientami (§ 6 pkt 6 i 7).

W § 8 pkt 1 Kontraktu Nestle zobowiązywała się wobec Operatora do niepodejmowania działań konkurencyjnych polegających na wyszukiwaniu, przez Nestle, lokalizacji pod instalację, przez Nestle, urządzeń typu AVM. Nie stanowi działań konkurencyjnych wobec Operatora wyszukiwanie przez Nestle lokalizacji pod instalację AVM przez innych Operatorów na obszarze ich działania ani wyszukiwanie przez Nestle lokalizacji pod instalację, przez Nestle, urządzeń typu TTM.

6. Strony wiązał także - ustanowiony w lipcu 2002 r. - „Kodeks postępowania w grupie preferowanych operatorów vendingowych Nestle Foodservices w zakresie działań handlowych” (zwany dalej Kodeksem), w świetle którego Operator nie mógł montować urządzenia w miejscach, w których zainstalowane były już urządzenia innego operatora Nestle lub samej Nestle, w szczególności przy zastosowaniu niższych cen produktów niż wynikające z aktualnych list cenowych (część I pkt 6, 7 Kodeksu).

Ceny produktów Nestle dla klientów (nabywców końcowych – przyp. UOKiK) miały być jednakowe dla wszystkich autoryzowanych operatorów, według stosowanych przez Nestle cenników, dla: gastronomii, biur, instytucji oraz hoteli (cz. II pkt 4 Kodeksu przed jego uchynieniem z dniem 1.05.2004 r.).

7. Wnioskodawca - w oparciu o postanowienia Kontraktu Operatorskiego oraz przy pomocy urządzeń vendingowych oddanych mu na podstawie odrębnej umowy leasingu do odpłatnego korzystania przez Handlowy – Leasing S.A. z siedzibą w Warszawie (tj. finansującego w rozumieniu art. 709¹ k.c.) - stworzył sieć urządzeń vendingowych działającą pod znakiem Nestle, obejmującą - w styczniu 2004 r., wg danych Nestle - 36 urządzeń typu AVM i 99 urządzeń typu TTM. Terytorialny zasięg działalności tej sieci obejmował Polskę południową (dawne województwa: nowosądeckie i bielskie).
8. **W przypadku urządzeń AVM** Wnioskodawca zawierał umowy najmu powierzchni pod instalację urządzeń z właścicielami, użytkownikami lub najemcami lokali, zwanymi dalej „wynajmującymi”. Były to umowy trójstronne, podpisywane przez Operatora, Wynajmującego i Spółkę Nestle.

W § 1 umowy najmu Wynajmujący oświadczał, że posiada tytuł prawny do lokalu, natomiast Operator, że jest właścicielem lub leasingobiorcą urządzeń vendingowych służących do sprzedaży produktów, w których - na podstawie odrębnej umowy ze Spółką

Nestle (tj. Kontraktu operatorskiego - przyp. UOKiK) - jest zobowiązany do sprzedaży wyłącznie produktów tej Spółki.

W myśl umowy Wynajmujący - w zamian za uzgodniony czynsz - oddaje Operatorowi w najem 1 m² uzgodnionej powierzchni, na którym zostanie zainstalowane urządzenie (par. 2.1.) oraz zapewnia Nestle i Operatorowi wyłączność na sprzedaż produktów z urządzeń w lokalu. W tym celu Wynajmujący zapewnia Nestle prawo kontroli sprzedaży jej produktów z urządzenia, udostępniając miejsce zainstalowania osobie wyznaczonej przez Nestle w każdym czasie (par. 5).

W przypadku urządzeń TTM, zawierana była umowa dzierżawy i serwisu urządzenia, na podstawie której Operator wydierżawiał Klientowi urządzenie TTM, serwisował to urządzenie oraz dostarczał mu – odpłatnie, po cenach określonych w cenniku - produkty Nestle serwowane w urządzeniu. W zamian za to Klient płacił Operatorowi ustalony w umowie czynsz oraz zobowiązywał się, iż w urządzeniach nie będzie serwował produktów innych, niż dostarczone mu przez Operatora.

Umowa dzierżawy nie zawiera postanowień regulujących, komu i za jaką cenę Klient może sprzedawać lub serwować produkty Nestle z urządzenia TTM.

Umowy dzierżawy były również umowami trójstronnymi (podpisywał je Operator, Klient i Spółka Nestle) i również zapewniały Nestle prawo kontroli sprzedaży jej produktów w urządzeniach.

9. W roku 2003, w trakcie realizacji Kontraktu pracownica Wnioskodawcy - jak podniósł - dokonała przywłaszczenia towarów pobieranych od Nestle i nawiązała współpracę z firmą konkurencyjną wobec tej Spółki. Jednocześnie, przedłożyła kontrahentom Wnioskodawcy (tj. podmiotom wynajmującym powierzchnię pod AVM lub dzierżawiącym urządzenia TTM) konkurencyjne oferty dotyczące instalacji i obsługi urządzeń vendingowych, co spowodowało przejęcie ok. 70% lokalizacji tych urządzeń. Wydarzenia te doprowadziły do utraty płynności finansowej Wnioskodawcy i powstania zaległości finansowych względem Nestle - z powodu braku zapłaty za dostarczane produkty oraz względem Handlowy Leasing S.A. w Warszawie - z powodu nie płacenia rat leasingowych.

W związku z tym, że Wnioskodawca - od dnia 1.11.2003 r. - zaprzestał dystrybucji produktów dostarczanych na rynek oraz nie wywiązywał się z innych obowiązków wynikających z Kontraktu, Nestle Polska S.A. - w dniu 23.09.2004 r. - rozwiązała Kontrakt Operatorski z p. Piotrem Kuczerą ze skutkiem natychmiastowym.

Problemy finansowe spowodowały bowiem, że Wnioskodawca nie regulował należności za produkty dostarczone przez Nestle i jednocześnie nie zamawiał nowych, natomiast - jak podał w swoim piśmie z dnia 23.03.2005 r. - zaopatrywał się w produkty poza Nestle.

W ocenie Wnioskodawcy pozycja rynkowa Nestle sprawia, iż jest ona w stanie – dysponując przewagą rynkową nad operatorami – spowodować wyeliminowanie z rynku każdego z nich, co w jego przypadku miało miejsce.

10. W toku odrębnego badania rynku, organ antymonopolowy uzyskał informacje od 21 przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą polegającą na vendingowej sprzedaży artykułów spożywczych. Działalność ta organizowana jest przez poszczególnych przedsiębiorców w różny sposób.

W przypadku takich jak Nestle producentów artykułów spożywczych, niektórzy prowadzą ją wyłącznie bezpośrednio, zatrudniając w tym celu pracowników (np. Coca-Cola), część wyłącznie za pośrednictwem autoryzowanych operatorów (np. Kraft Food), pozostali – w tym Nestle – równocześnie prowadzą tę działalność bezpośrednio jak i przez autoryzowanych operatorów.

Przedsiębiorcy objęci badaniem podali, że nie istnieją bariery w dostępie do urządzeń vendingowych. Spośród 21 przedsiębiorców prowadzących sprzedaż vendingową, 2 nabyło urządzenia w Polsce, pozostali urządzenia te importowali z krajów Europy Zachodniej, głównie z Niemiec, Włoch, Hiszpanii i Holandii (bezpośrednio od podmiotów spoza granic Polski lub za pośrednictwem ich przedstawicieli w kraju lub importerów krajowych).

Wg uczestników rynku nie istnieją także bariery w prowadzeniu - za pomocą urządzeń vendingowych – sprzedaży artykułów spożywczych. Wskazywali jedynie na niechęć właścicieli powierzchni pod instalację urządzeń do zawierania umów w tym zakresie oraz dewastację tych urządzeń.

Wszyscy producenci artykułów spożywczych tworzący sieci sprzedaży vendingowej oświadczyli, iż przedsiębiorcy, którzy chcą podjąć z nimi współpracę w tym zakresie mogą urządzenia vendingowe we własnym zakresie kupić lub użytkować na podstawie umów leasingu, najmu lub dzierżawy, a następnie zawrzeć z nimi kontrakt operatorski uzyskując prawo do opatrzenia vendingu brandingiem producenta.

Wszyscy przedsiębiorcy tworzący sieci sprzedaży vendingowej podali również, iż ich umowy operatorskie zawierają postanowienia ograniczające - w mniejszym lub większym stopniu - samodzielność dystrybutorów. W kilku wypadkach przedsiębiorcy oświadczyli, iż obowiązuje bezwzględny zakaz konkurencji w ramach sieci. Ceny detaliczne produktów sprzedawanych w urządzeniach albo są ustalane samodzielnie przez operatorów, albo są konsultowane z przedsiębiorcą tworzącym sieć, albo są przez tego przedsiębiorcę rekomendowane.

Informacje na temat liczby urządzeń vendingowych zainstalowanych przez uczestników rynku (bezpośrednio lub w ramach sieci autoryzowanych operatorów) zawarte są w załączniku nr 1 do niniejszej decyzji.

Uwzględniając charakter tych informacji oraz fakt, iż niektórzy przedsiębiorcy objęci badaniem podjęli działania mając na celu ochronę ich poufności, organ antymonopolowy – jak wspomniano - ograniczył prawo wglądu do materiału dowodowego w tej części, a zatem **załącznik nr 1 do decyzji nie podlega udostępnieniu stronom postępowania, a także nie może być udostępniony na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. nr 112, poz. 1198 ze zm.).**

11. Jak wspomniano w toku postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu dokonał także ustaleń na temat uczestników krajowego rynku sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w vendingach. Ustalono wartość sprzedaży w latach 2004 i 2005 r. tych artykułów, które Nestle oferowała w urządzeniach vendingowych, tj. kawy, czekolady do picia, herbaty instant, zup i przekąsek. Prawo wglądu do informacji udzielonych przez badanych przedsiębiorców (zawartych w załączniku nr 2 do niniejszej decyzji) zostało ograniczone na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej z 2000 r. Zatem również **załącznik nr 2 nie podlega udostępnieniu zarówno stronom niniejszego postępowania, jak i w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.**

Mając na uwadze powyższe ustalenia, organ antymonopolowy zważył, co następuje:

W dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331). Stosownie do art. 131 ust. 1 tej ustawy – do postępowań wszczętych na podstawie dotychczas obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. Biorąc zatem pod uwagę, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. i nie zostało zakończone do dnia 21 kwietnia 2007 r. – w niniejszej sprawie stosuje się przepisy ustawy dotychczasowej, tj. ustawy antymonopolowej z 2000 r.

1. Zarzut antymonopolowy.

Wnioskodawca postawił Spółce Nestle zarzut stosowania praktyk ograniczających konkurencję poprzez:

- narzucanie - w Kontraktach Operatorskich - swoim kontrahentom (operatorom) i ich klientom zróżnicowanych cen na produkty sprzedawane w urządzeniach vendingowych,
- wprowadzenie do Kontraktów Operatorskich zakazu instalowania urządzeń w miejscach, gdzie funkcjonują już takie urządzenia innego operatora Nestle oraz zakazu cenowego konkurowania operatorów,
- wprowadzenie do Kontraktów Operatorskich podziału rynku sprzedaży napojów gorących, zup i przekąsek w urządzeniach vendingowych.

Na wstępie należy stwierdzić, iż Kontrakty te są typowymi umowami dystrybucyjnymi, których postanowienia mogłyby być oceniane pod kątem zgodności z art. 5 ustawy antymonopolowej z 2000 r., odnoszącego się do porozumień, w tym porozumień dystrybucyjnych, w rozumieniu art. 4 pkt 5 tej ustawy. Sam Wnioskodawca (pismo pełnomocnika z dnia 23.03.2005 r.) przyznał, iż zorganizowany przez Nestle system sprzedaży towarów poprzez sieć operatorów vendingowych jest w istocie porozumieniem wertykalnym, zawierającym zobowiązania wyłącznego zakupu, a także elementy dystrybucji franchisingowej.

W niniejszej sprawie Wnioskodawca – strona umowy dystrybucyjnej – zarzuca Nestle, tj. drugiej stronie tej umowy, iż – generalnie rzecz ujmując – ogranicza możliwość konkurowania (cenowego, terytorialnego) operatorów w ramach systemu dystrybucyjnego stworzonego przez Nestle oraz ich samodzielność w podejmowaniu decyzji rynkowych (cenowych i co do zasięgu terytorialnego).

Wnioskodawca – tj. jedna ze stron tego porozumienia (Kontraktu operatorskiego) – upatruje zatem w działaniach Nestle nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym w sposób, o którym mowa w art. 8 ust 2. pkt 3, 5 i 8 ustawy, wskazując, iż warunki Kontraktów są operatorom narzucane.

W doktrynie i orzecznictwie antymonopolowym przyjmuje się, iż *„warunkiem uznania określonych skoordynowanych działań przedsiębiorców za porozumienie jest ich dobrowolność u wszystkich uczestników. Istotne jest to w szczególności w odniesieniu do porozumień pionowych. Brak dobrowolności po stronie niektórych uczestników rynku*

konstytuuje stan nadużycia, przez pozostałych, przewagi kontraktowej, które w przypadku spełnienia przesłanki posiadania przez nich pozycji dominującej, może być podstawą do uznania ich działań za praktykę polegającą na nadużyciu pozycji dominującej na rynku właściwym. W sytuacji, gdy dobrowolność ta jest częściowo wyeliminowana, nie ma na gruncie prawa antymonopolowego podstaw do nietraktowania porozumienia jako ograniczającego konkurencję”.¹

Uwzględniając powyższe wskazówki oraz żądanie Wnioskodawcy, Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe pod zarzutem naruszenia przez Nestle art. 8 ust. 1 ustawy antymonopolowej z 2000 r., w świetle którego zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Przechodząc do dalszej oceny organ antymonopolowy pragnie jednak zwrócić uwagę na istotne trudności w ocenie przedmiotowej sprawy na gruncie art. 8 ww. ustawy. Uwzględniając bowiem, że:

- przedsiębiorcy planujący działalność gospodarczą polegającą na vendingowej sprzedaży artykułów spożywczych (w tym Wnioskodawca) - jak wynika ze stanu faktycznego sprawy i co zostanie rozwinięte w dalszej części uzasadnienia - nie napotykają na tym rynku na istotne bariery wejścia i nie są zmuszeni do zawierania umów operatorskich z konkretnym przedsiębiorcą (np. z Nestle), gdyż mogą je zawrzeć z jednym z kilku pozostałych producentów artykułów spożywczych lub stać się operatorami niezależnymi,
- wobec tego co powyżej, przyszli operatorzy vendingowi nie są pozbawieni możliwości niezawarcia kontraktu operatorskiego z Nestle, jeżeli uznają, że kontrakt ten zawiera antykonkurencyjne i niekorzystne dla nich postanowienia, co oznacza, iż została spełniona cytowana wyżej przesłanka dobrowolności działania obu stron porozumienia,

zdaniem Prezesa Urzędu instrumenty właściwe dla oceny niniejszej sprawy zawarte są w przepisach antymonopolowych i doktrynie odnoszących się do porozumień pionowych w szczególności dystrybucyjnych, tj. art. 5 ustawy antymonopolowej z 2000 r. oraz, wydanego na jej podstawie i przewidzianego na potrzeby takich porozumień, rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączeń określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. nr 142, poz. 1189).

Zgodnie z tym rozporządzeniem stronami niniejszego postępowania antymonopolowego byłiby Nestle, tj. dostawca w rozumieniu art. 2 pkt 9 rozporządzenia, definiowany jako przedsiębiorca, który sprzedaje nabywcy towary objęte porozumieniem, a z drugiej strony autoryzowani operatorzy (w tym, Wnioskodawca), definiowani jako dystrybutorzy kupujący towary objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu detalicznym (art. 2 pkt 11 rozporządzenia).

2. Rynek właściwy.

Podstawową kwestią w niniejszym postępowaniu antymonopolowym prowadzonym pod zarzutem naruszenia art. 8 ustawy antymonopolowej z 2000 r., jest ustalenie rynku właściwego, na którym konkurencja stanowiłaby przedmiot ochrony Prezesa UOKiK oraz rynku właściwego, na którym Nestle mogłaby nadużyć ewentualnej pozycji dominującej w sposób opisany przez Wnioskodawcę, stanowiąc przez to zagrożenie dla konkurencji na rynku chronionym.

¹ Elżbieta Modzelewska Wąchal Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz Twigger Warszawa 2002 str. 44 oraz powołane tam orzeczenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ww. ustawy przez rynek właściwy rozumie się „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencję konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”.

Podstawowymi elementami rynku właściwego w rozumieniu ustawy, są zatem towar (produkt – rynek produktowy) oraz jego zasięg terytorialny (rynek geograficzny).

2.1. Rynek właściwy dla Wnioskodawcy.

W ocenie organu antymonopolowego, w celu zdefiniowania rynku właściwego, na którym Nestle mogłaby nadużyć ewentualnej pozycji dominującej, należy uprzednio ustalić rynek właściwy, którego uczestnikiem jest sam Wnioskodawca, a zatem rynek, na którym konkurencja została – w jego ocenie - ograniczona.

Właściwość produktowa.

Kwestionowane przez Wnioskodawcę działania Nestle to ustalenie przez tę Spółkę, w Kontraktach operatorskich oraz obowiązującym operatorów Kodeksie postępowania, warunków, które – generalnie rzecz ujmując – wymuszają na autoryzowanych operatorach sprzedających artykuły spożywcze za pomocą urządzeń vendingowych z brandingiem Nestle, określone zachowania rynkowe. Zachowania te, to stosowanie narzuconych cen finalnych na produkty oferowane w automatach i nie podejmowanie wewnętrznej walki konkurencyjnej w ramach sieci stworzonej przez Nestle.

Wnioskodawca uważa, iż praktyki Nestle ograniczyły jego samodzielność i wyeliminowały go z rynku jako sprzedawcę artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych.

Organ antymonopolowy podziela stanowisko Wnioskodawcy, **iż rynkiem właściwym, na którym on prowadził swoją działalność, jest - od strony produktowej - rynek sprzedaży artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych.**

Definiując w ten sposób rynek właściwy dla Wnioskodawcy oraz jednocześnie obszar, na którym należy upatrywać ewentualnego ograniczenia konkurencji, organ antymonopolowy nie mógł równocześnie podzielić stanowiska Nestle, iż nie istnieje rynek, którego właściwość produktowa związana byłaby ze sprzedażą artykułów spożywczych za pomocą automatów oraz, że urządzenia te są wyłącznie jednym z wielu kanałów dystrybucji tych artykułów.

Vendingowa sprzedaż artykułów spożywczych jest stosunkowo młodą lecz dającą się wystarczająco wyodrębnić formą aktywności gospodarczej. Początki rozwoju tej działalności w Polsce przypadają na połowę lat 90. XX wieku, od kiedy pojawiało się na polskim rynku - w skali roku – ok. 1.000 urządzeń. Od roku 2000 ilość ta stale wrastała i w 2004 r. ustabilizowała się na poziomie ok. 3.000 urządzeń rocznie².

Część przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w oparciu o urządzenia vendingowe zrzeszona jest Polskim Stowarzyszeniu Vendingu. Celem Stowarzyszenia jest m. innymi: *„reprezentowanie i ochrona interesów zrzeszonych członków, zapewnienie członkom dostępu do informacji niezbędnej do prowadzenia profesjonalnej działalności w zakresie vendingu, ułatwienie kontaktów i nawiązywanie współpracy z innymi*

² strona Polskiego Stowarzyszenia Vendingu – www.psv.org.pl

organizacjami o podobnych celach działania w kraju i zagranicą, kształtowanie i upowszechnianie zasad etyki w obrocie gospodarczym”³.

W powyższych okolicznościach organ antymonopolowy nie znajduje podstaw do przyznania racji twierdzeniu, iż produkt w postaci vendingowej sprzedaży artykułów spożywczych nie istnieje. Ta forma sprzedaży jest wprawdzie traktowana – przez producentów artykułów spożywczych sprzedawanych w vendingach - jako jeden z kanałów dystrybucji tych wyrobów, jednak skoro sprzedaż vendingowa istnieje w rzeczywistości gospodarczej i dla przedsiębiorców ją prowadzących jest wyodrębnioną, posiadającą swoją specyfikę, formą sprzedaży detalicznej, to tym samym spełnia przesłanki rynku właściwego od strony produktowej.

Dla poparcia tej argumentacji należy w tym miejscu wskazać, iż zarówno Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak i Sąd Apelacyjny zgodnie podzieliły stanowisko Prezesa Urzędu, iż ustawowe przesłanki rynku właściwego spełnia rynek dystrybucji prasy bezpłatnej poprzez pojemniki dystrybucyjne umieszczone na przystankach komunikacji publicznej⁴. Obie te instancje, spośród różnych możliwych form dystrybucji produktu (w tym wypadku prasy), wydzieliły jedną (poprzez pojemniki), czyniąc ją przedmiotem rynku właściwego.

Stroną popytową rynku sprzedaży vendingowej, są nabywcy detaliczni oferowanych w nich produktów żywnościowych.

Jak wspomniano, pomimo, że do urządzeń vendingowych powszechnie zalicza się zarówno AVM (*Automatic Vending Machines*), jak i TTM (*Table Top Machines*), to jednak obydwie te rodzaje urządzeń różnią się od siebie.

Urządzenia typu AVM lokalizowane są w miejscach, które zapewniają największą liczbę potencjalnie zainstalowanych urządzeń i największą liczbę potencjalnych nabywców. Są to miejsca publiczne, do których trafia duża liczba osób – dworce, centra handlowe, szkoły, szpitale itp.

Konsument dokonuje zakupu napoju lub przekąski z urządzenia AVM nie pod wpływem zdefiniowanych potrzeb, lecz pod wpływem impulsu determinowanego obecnością urządzenia w konkretnym miejscu. Jest to sprzedaż samoobsługowa, realizowana zarówno w miejscach, gdzie nie ma możliwości zakupu w tradycyjny sposób, jak i tam, gdzie stanowi alternatywę takiego zakupu.

Oferta sprzedaży produktów z urządzenia AVM nie jest kierowana do konkretnych nabywców lub ich grupy, a do każdego potencjalnego nabywcy detalicznego (konsumenta).

W przypadku TTM - z uwagi na to, iż nie można za ich pomocą dokonywać samoobsługowego zakupu - oferta instalacji urządzenia i sprzedaży za ich pośrednictwem artykułu kierowana jest do konkretnych podmiotów.

Są to np.: pracodawcy umożliwiający korzystanie z urządzenia swoim pracownikom, podmioty, które serwują napoje z tych urządzeń swoim klientom nieodpłatnie lub przedsiębiorcy gastronomiczni, którzy urządzenia te używają do odpłatnej sprzedaży napojów.

Pomimo powyższych różnic pomiędzy dwoma ww. przykładowymi grupami nabywców, podmiotów dzierżawiących urządzenia TTM nie można jednak traktować jako pośredni szczebel obrotu towarów serwowanych z tych urządzeń. Wszystkie ww. podmioty dokonują

³ źródło: jak w przypisie 2.

⁴ wyrok SOKiK z dnia 1 grudnia 2004 r. sygn. akt XVII Ama 67/03 oraz Sądu Apelacyjnego z dnia 24.11.2005r. sygn. Akt VI ACa 361/05.

zakupu artykułów spożywczych z urządzenia na szczeblu detalicznym, albo bezpośrednio (jak konsument w przypadku AVM), albo pośrednio lub „na rzecz” nabywców detalicznych (jak podmiot dzierżawiący urządzenie TTM).

Najistotniejszą cechą wspólną sprzedaży artykułów spożywczych za pośrednictwem obydwu rodzajów urządzeń (AVMi TTM) jest jednak konieczność umieszczenia ich w odpowiednim – atrakcyjnym pod względem spodziewanej sprzedaży – miejscu. W tym celu należy znaleźć podmiot, który dysponuje takim miejscem i udostępni je operatorowi. W przypadku AVM są to podmioty wynajmujące operatorowi powierzchnię pod urządzenie, w przypadku TTM są to podmioty dzierżawiące urządzenia i nabywające od operatora produkty z tego urządzenia serwowane.

Obie strony postępowania podkreślają, że konkurencja na rynku sprzedaży vendingowej z obu rodzajów urządzeń, to przede wszystkim konkurowanie o jak największą liczbę atrakcyjnych lokalizacji dla tych urządzeń

Wobec powyższego, uwzględniając także, iż w świetle przeprowadzonego przez organ antymonopolowy badania, większość uczestników rynku sprzedaży vendingowej – podobnie jak operatorzy Nestle, w tym Wnioskodawca – dysponuje zarówno urządzeniami AVM jak i TTM, nie istnieją podstawy do ewentualnej segmentacji rynku sprzedaży vendingowej ze względu na dwa powyższe rodzaje urządzeń.

Wyżej przedstawiona specyfika prowadzenia działalności w oparciu o urządzenia vendingowe i sposób konkurowania pomiędzy operatorami stanowi także dodatkowy argument za wydzieleniem tej działalności jako przedmiot odrębnego rynku właściwego.

W odróżnieniu od tradycyjnych miejsc sprzedaży detalicznej, tj. sklepu, stoiska, bufetu czy punktu gastronomicznego, operator vendingowy nie musi np. kupować lub wynajmować lokalu dla takiego miejsca, zatrudniać odpowiedniej liczby sprzedawców, spełnić odpowiednich wymagań sanitarnych, itp. Powoduje to, iż bieżące koszty prowadzenia działalności vendingowej są zdecydowanie inne.

Sąd Apelacyjny, uzasadniając - w powołanym wcześniej wyroku - swoje stanowisko dotyczące rynku właściwego, również uznał za istotne różnice pomiędzy kosztami dystrybucji prasy poprzez pojemniki i dystrybucji prasy metodą odręczną, tj. rozdawanie prasy poprzez gazeciarzy.

Ustalając uczestników rynku sprzedaży vendingowej po jego podażowej stronie należy kierować się definicją konkurentów zawartą w art. 4 pkt 10 ustawy antymonopolowej z 2000r. Konkurentami są „*przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzić (...), w tym samym czasie, towary na rynku właściwym*”.

Przyjąć zatem należy, iż uczestnikami podażowej strony rynku właściwego produktowo są niewątpliwie wszyscy ci przedsiębiorcy, którzy wprowadzają artykuły spożywcze na rynek za pośrednictwem urządzeń vendingowych.

Pamiętając przy tym, iż sprzedaż tych towarów odbywa się na szczeblu detalicznym, podażową stronę rynku reprezentują:

- operatorzy autoryzowani przez Nestle (jak Wnioskodawca) lub przez innych producentów artykułów spożywczych, którzy wprowadzają te same artykuły do sprzedaży detalicznej za pośrednictwem urządzeń z brandingiem producenta. W zależności od postanowień wiążących ich kontraktów operatorskich konkurują oni lub nie z pozostałymi operatorami własnej sieci, konkurują natomiast bezpośrednio,

- zarówno z operatorami autoryzowani przez innych - nie „ich” - producentów wyrobów spożywczych oraz z operatorami niezależnymi,
- operatorzy niezależni, którzy wprowadzają te same artykuły do sprzedaży detalicznej za pośrednictwem urządzeń bez branding, konkurując bezpośrednio pomiędzy sobą oraz z dystrybutorami, którzy – jak Wnioskodawca – uzyskali autoryzację różnych producentów artykułów spożywczych.

Rozważenia wymaga, jaką rolę na rynku sprzedaży vendingowej pełnią, sami producenci artykułów spożywczych, których wyroby oferowane są w automatach.

Uwzględniając wyniki badania rynku, producentów tych należy podzielić na 3 grupy. Są to:

- a) producenci, którzy prowadzą sprzedaż vendingową wyłącznie bezpośrednio i we własnym zakresie, zatrudniając w tym celu pracowników,
- b) producenci artykułów spożywczych, którzy powierzają tę działalność wyłącznie autoryzowanym operatorom,
- c) producenci, którzy zarówno zawierają kontrakty operatorskie z niezależnymi przedsiębiorcami (operatorami), jak i prowadzą sprzedaż vendingową bezpośrednio. Do tej grupy należy także Nestle, która w przypadku urządzeń AVM wyłącznie zawiera kontrakty operatorskie, natomiast w przypadku urządzeń TTM zarówno zawiera takie kontrakty jak i we własnym zakresie realizuje sprzedaż własnych wyrobów za pośrednictwem tych urządzeń.

Kierując się przyjętym wcześniej kryterium, iż uczestnikami rynku właściwego po podażowej stronie są konkurenci, którzy wprowadzają towary na rynku sprzedaży vendingowej, do uczestników tego rynku należałoby zaliczyć tych producentów, którzy prowadzą taką działalność wyłącznie bezpośrednio, o których mowa w pkt. a) powyżej.

Dla producentów artykułów żywnościowych, sprzedaż vendingowa –jak podnosi Nestle - jest faktycznie jednym z kanałów dystrybucji i sposobów wprowadzenia na rynek swoich wyrobów, jednak w odróżnieniu od sprzedaży przedsiębiorcom działającym na szczeblu hurtowym, którzy następnie sprzedają towary detalistom, a ci dopiero nabywcom końcowym, sprzedaż vendingowa pomija te szczeble i jest formą sprzedaży detalicznej bezpośrednio nabywcom końcowym (konsumentom).

Przedsiębiorcy ci – podobnie jak operatorzy niezależni – sami ustalają zasady sprzedaży za pomocą automatów, a zatem określają warunki funkcjonowania sprzedaży na szczeblu detalicznym.

Wobec powyższego zasadnym jest, aby producentów artykułów spożywczych, którzy sprzedaż swoich wyrobów za pomocą vendingów realizują bezpośrednio, również zaliczyć do bezpośrednich uczestników rynku sprzedaży vendingowej.

Rola, jaką pełnią na rynku sprzedaży vendingowej pozostałe dwie grupy producentów artykułów spożywczych (b i c), w szczególności Nestle, zostanie omówiona w części dotyczącej rynku dla tej Spółki właściwego.

Geograficzny zasięg rynku vendingowej sprzedaży artykułów spożywczych.

Stosownie do definicji ustawowej, *rynek właściwy geograficznie to obszar, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości oferowanych towarów (i ich substytutów), istnienie barier*

dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Definicja ta koncentruje się na:

- postrzeganiu rynku przez funkcjonujących na nim przedsiębiorców, dla których warunki konkurencji na określonym obszarze (rynku właściwym geograficznie) są zdecydowanie różne, od warunków panujących na zewnątrz oraz na
- zróżnicowanych preferencjach konsumentów.

Kierując się literalnym brzmieniem definicji ustawowej, należy stwierdzić, iż zarówno rodzaj i właściwości artykułów oferowanych konsumentom w urządzeniach vendingowych, jak i warunki instalacji urządzenia vendingowego oferowane dysponentom miejsc, ani nie są zróżnicowane terytorialnie, ani nie są podyktowane podziałem administracyjnym kraju. W urządzeniach sprzedawane są te same artykuły produkowane przez działających na krajowym rynku producentów lub sprzedawców.

Na rynku dystrybucji vendingowej nie można również wyróżnić specjalnych preferencji konsumentów, które nakazywałyby obszar tego rynku zawęzić, ani też wskazać na bariery (prawne, ekonomiczne), różne, w różnych częściach Polski.

Z ustaleń postępowania nie wynika również, aby ceny tych towarów były geograficznie zróżnicowane. Podniesione przez Wnioskodawcę różnicowanie cen w takich miejscach, jak: szkoły, szpitale, punkty gastronomiczne, nie dzieli terytorialnie rynku krajowego na mniejsze jego obszary, takie jak: województwa, powiaty, gminy lub miasta, a jedynie wyznacza politykę cenową Spółki na rynku krajowym, przewidującą - zróżnicowane podmiotowo – oferty cenowe do różnych kategorii odbiorców. Jak podnosi Nestle podyktowane jest to krzywymi popytu, a zatem przewidywaną wielkością sprzedaży do różnych kategorii nabywców.

Jedynym czynnikiem nakazującym rynek sprzedaży vendingowej zawęzić terytorialnie, to podnoszona przez Wnioskodawcę bariera kosztów transportu.

Pomimo, że vendingowa sprzedaż artykułów spożywczych jest sprzedażą detaliczną, a oferowane w automatach produkty - z uwagi na sposób ich podania - są konsumowane „na miejscu”, to jednak z punktu widzenia operatora vendingowego, istotną cechą jego działalności, jest mobilność, tj. możliwość zarówno szybkiego podjęcia sprzedaży vendingowej w nowym atrakcyjnym miejscu, jak i zaniechania działalności w miejscu, które okazało się mniej dochodowe, niż początkowo zakładano.

Mobilność ta powoduje, że geograficzny zasięg rynku właściwego dla operatora może pokrywać się ze wskazanym przez Wnioskodawcę obszarem dawnych województw nowosądeckiego i bielskiego. Koszty transportu, do których odwołuje się ustawowa definicja rynku właściwego, mają w tym wypadku znaczenie, a przedsiębiorca powinien liczyć się nie tylko z ograniczoną liczbą nieodległych miejsc pod urządzenia, ale również przewidzieć konieczność późniejszego ponoszenia stałych kosztów transportu, związanych z bieżącym uzupełnianiem produktów w automatach.

Należy także dodać, że pkt I ust. 4 Szczegółowych warunków handlowych przewiduje, że Nestle dostarcza produkty do magazynu operatora, a w przypadku zamówienia o wartości nie mniejszej niż 10.000 zł, dostawa zrealizowana jest na koszt Spółki. Przy założeniu, że operator posiada magazyny zlokalizowane w dogodnych miejscach oraz odpowiadającą skali przedsięwzięcia liczbę pracowników, geograficzny zasięg rynku właściwego może nawet wykraczać poza obszar dwóch byłych województw nowosądeckiego i bielskiego. Wobec powyższego, przyjęć należy, iż rynek sprzedaży vendingowej – pomimo, że jest to sprzedaż

detaliczna, na potrzeby której rynek właściwy zostaje zazwyczaj zawężany geograficznie do terenu jednej miejscowości i najbliższej okolicy – może obejmować teren dwóch dawnych województw.

Na koniec tej części rozważań należy podkreślić, że ostateczne i wiążące wyznaczenie granic terytorialnych rynku vendingowej sprzedaży artykułów spożywczych i w niniejszej sprawie staje się zbędne, ponieważ – jak wywieziono dalej - rynek ten, nie jest w ogóle rynkiem właściwym produktowo dla Nestle, tj. przedsiębiorcy, któremu zarzucono nadużycie siły rynkowej i naruszenie art. 8 ustawy.

Rynek właściwy dla Nestle

W swoim wniosku p. P. Kuczera wyróżnił dwa rynki właściwe. Pierwszy, którego on sam jest uczestnikiem, i na którym – jak wywieziono wyżej – należałoby doszukiwać się ewentualnego ograniczenia konkurencji, tj. lokalny rynek sprzedaży vendingowej artykułów spożywczych i drugi rynek, na którym Nestle posiada pozycję dominującą.

Tym drugim rynkiem – zdaniem Wnioskodawcy - jest krajowy rynek udostępniania urządzeń vendingowych.

Wnioskodawca nie uzasadnił właściwości rynku udostępniania urządzeń vendingowych, natomiast w argumentacji dotyczącej pozycji Nestle na tym rynku posłużył się proporcją liczby urządzeń vendingowych funkcjonujących pod brandingiem Nestle, do ogólnej liczby urządzeń vendingowych zainstalowanych w Polsce.

Odpowiadając na pytanie organu antymonopolowego na temat możliwości uzyskania dostępu do samych urządzeń vendingowych, Wnioskodawca stwierdził, iż w sprzedaży „publicznej” dostępne są wszystkie rodzaje urządzeń vendingowych oraz części do nich, jednak są to urządzenia bez brandingu Nestle. Aby dysponować urządzeniem z brandingiem Nestle trzeba być operatorem tej Spółki i mieć z nią podpisany kontrakt operatorski. Najpierw trzeba zawrzeć taki kontrakt, a następnie uzyskuje się branding Nestle – stwierdził Wnioskodawca.

Stanowisko to jest zbieżne z wyjaśnieniami Spółki Nestle, która podała, iż każdy przedsiębiorca, który nabył urządzenia vendingowe u działających na krajowym rynku ich sprzedawców, może zawrzeć umowę Nestle na takich samych warunkach, jak operator, który wykorzystuje urządzenia Nestle np. leasingowane przez współpracujący z tą spółką Handlowy-Leasing.

O otwartym dostępie do samych urządzeń vendingowych oraz braku barier prowadzenia za ich pomocą sprzedaży artykułów spożywczych świadczą także wyniki badań rynkowych. W ich toku przedsiębiorcy wskazywali, iż rynek sprzedaży artykułów spożywczych za pośrednictwem urządzeń vendingowych jest rynkiem otwartym. Przedsiębiorcy, którzy chcą podjąć działalność w tym zakresie mogą:

- urządzenia vendingowe (nowe lub używane) we własnym zakresie kupić lub użytkować na podstawie umów leasingu, najmu lub dzierżawy, a następnie sprzedawać za ich pośrednictwem artykuły spożywcze zakupione na wolnym rynku (również produkty Nestle). Przy tej formie działania same urządzenia vendingowe nie posiadają oznaczeń producenta artykułów spożywczych (brandingu), posiadają natomiast oznaczenia słowne produktów w nich sprzedawanych,
- urządzenia vendingowe we własnym zakresie kupić lub użytkować na podstawie umów leasingu, najmu lub dzierżawy, a następnie zawrzeć kontrakt operatorski z producentem

artykułów spożywczych w celu dystrybucji jego produktów (w tym Nestle) i wówczas urzędnicy te będą posiadały branding,

- zawrzeć kontrakt operatorski z producentem artykułów spożywczych i uzyskać od niego lub za jego pośrednictwem urządzenia vendingowe (najem, dzierżawa, leasing), a następnie dystrybuować – w ramach zawartego kontraktu operatorskiego – jego produkty w urządzeniach posiadających branding.

W toku badań rynkowych ustalono również, iż spośród 21 zidentyfikowanych przedsiębiorców, którzy prowadzą sprzedaż vendingową, tylko 2 nabyło urządzenia w Polsce, pozostali zaś urzędnicy te – bezpośrednio lub pośrednio - importowali z krajów Europy Zachodniej. Miejsce pochodzenia urządzeń nie było przy tym uzależnione ani od skali prowadzonego przedsięwzięcia ani od terytorialnego zasięgu działalności. Urządzenia vendingowe sprowadzane były z zagranicy zarówno przez największych uczestników rynku, dysponujących kilkoma tysiącami maszyn, jak i operatorów, którzy posiadają ich kilkanaście, kilkadziesiąt lub kilkaset.

Orzecznictwo antymonopolowe stoi na stanowisku, iż *„jeżeli na krajowym rynku popyt na dany towar w znacznej części zaspokajany jest importem, to nie powinno być przeszkodą, aby rynek ten analizować w kontekście rynku europejskiego”* - wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25.06.1997 r. Ama 19/97.

W wyroku z dnia 1.09.2004 r. (sygn. Ama 13/03) SOKiK uznał z kolei, iż nie ma racjonalnych przesłanek, które przemawiałyby za ograniczeniem geograficznym rynku automatów do gry, wyłącznie do terenu Polski. Sąd stwierdził, że automaty te mają stosunkowo wysoką cenę w relacji do ich wagi i objętości, co sprawia, że koszty transportu stanowią ich nieznaczną część. Opłacalne jest zatem ich transportowanie nawet na duże odległości. W ocenianej przez Sąd sprawie, nie wykazano także istnienia jakiegokolwiek bariery, która uniemożliwiałaby lub znacząco utrudniała zakup automatów na rynku światowym. Za istotne Sąd uznał, iż w Polsce eksploatowane są automaty producentów ze Stanów Zjednoczonych Ameryki i Japonii.

W świetle powyższego, gdyby nawet w niniejszej sprawie wydzielić rynek, którego uczestnikami - po stronie podażowej - byłiby przedsiębiorcy, którzy w jakiś sposób udostępniają urządzenia vendingowe (sprzedają, dzierżawią, wynajmują, leasingują), to byłby to rynek szerszy od krajowego. W przypadku urządzeń vendingowych znaczna część popytu zaspokajana jest nie tylko urządzeniami importowanymi lecz wręcz poza rynkiem krajowym. W ocenie Nestle rynek udostępniania urządzeń to rynek światowy, z ustaleń badania rynku wynika, iż byłby to rynek europejski.

Uzyskanie dostępu do samych urządzeń vendingowych przez stronę popytową rynku właściwego (tj. przez operatora), na którym Nestle – wg Wnioskodawcy - posiada pozycję dominującą, tj. rynku udostępniania automatów, to albo zakup tych urządzeń na wolnym rynku (w Polsce lub poza jej granicami), albo ich leasing, najem lub dzierżawa, w tym leasing od współpracującej z Nestle Spółki Handlowy-Leasing.

Uzyskanie dostępu do urządzeń vendingowych jest możliwe wg trzech przedstawionych wcześniej scenariuszy i Wnioskodawca temu nie zaprzecza. Fakt, iż Wnioskodawca skorzystał z ostatniego rozwiązania, a zatem:

- po pierwsze podjął decyzję o przystąpieniu do sieci Nestle, a nie do sieci innego producenta artykułów spożywczych, a nadto nie podjął się roli operatora niezależnego,

- po drugie zdecydował, iż aby uzyskać dostęp do urządzeń z brandingiem Nestle weźmie je w leasing od Handlowy-Leasing, a nie kupi ich na wolnym rynku,

a nadto fakt, iż podejmując powyższe decyzje Wnioskodawca musiał zaakceptować warunki Kontraktu operatorskiego wyznaczone przez Nestle nie oznacza, iż Nestle narzuciła mu warunki dostępu do samych urządzeń vendingowych (nadużywając w ten sposób ewentualnej pozycji dominującej na ewentualnym rynku udostępniania automatów). **W tych okolicznościach Nestle jedynie określiła Wnioskodawcy warunki dostępu do swojej sieci i oznaczenia urządzeń brandingiem Nestle.**

Na takie same warunki – jakie we wniosku kwestionuje – Wnioskodawca musiałby się zgodzić, gdyby przystąpił do sieci Nestle z własnymi urządzeniami. Jak wynika z ustaleń badania rynku, przyjęcie określonych warunków sprzedaży artykułów spożywczych za pomocą vendingów z brandingiem wymagane jest także przez innych producentów artykułów spożywczych.

Reasumując, krajowy rynek udostępniania urządzeń vendingowych nie jest w niniejszej sprawie rynkiem właściwym, na którym należałoby – w ocenianym wypadku - doszukiwać się nadużycia przez Nestle pozycji dominującej, które mogłoby prowadzić do ograniczenia konkurencji na lokalnym rynku vendingowej sprzedaży artykułów spożywczych.

Uwzględniając powyższe nie istnieją także podstawy, aby w niniejszej sprawie – jak podnosi Wnioskodawca – dokonywać dalszej segmentacji rynku udostępniania urządzeń vendingowych, na poszczególne ich rodzaje, takie jak: urządzenia do sprzedaży napojów gorących, urządzenia do sprzedaży napojów zimnych, itd.

Z ostrożności należy dodać, że przeprowadzone przez organ antymonopolowy badanie rynku wykazało (załącznik nr 1 do decyzji), że gdyby siłę rynkową Nestle liczyć liczbą urządzeń vendingowych funkcjonujących w Polsce z brandingiem tej spółki, to wówczas udział tej Spółki w tak rozumianym rynku wyniósłby **36,8 % - przy uwzględnieniu wyłącznie przedsiębiorców o zasięgu ogólnopolskim (poz.1 – 10 tabeli - Załącznik nr 1) oraz 33 % przy uwzględnieniu również przedsiębiorców o zasięgu regionalnym – obejmującym co najmniej 3 obecne województwa (poz. 1- 15 tabeli - zał. nr 1). Udział ten nie przekroczyłby zatem ustawowej granicy 40 %, powyżej której zachodzi domniemanie posiadania pozycji dominującej (art. 4 pkt 9 ustawy antymonopolowej z 2000 r.)**. Podkreślić przy tym należy, iż ten sposób ustalenia udziału w rynku (proporcji liczby funkcjonujących urządzeń) jest tożsamy z zaproponowanym przez Wnioskodawcę miernikiem liczenia udziału Nestle w krajowym rynku udostępniania urządzeń vendingowych.

Organ antymonopolowy podziela stanowisko Nestle, że Spółka ta jest uczestnikiem krajowego rynku sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w urządzeniach vendingowych. Niewątpliwie pozycja i zachowania Nestle na tym rynku mogłaby mieć wpływ na kształt konkurencji na rynku właściwym dla Wnioskodawcy, tj. rynku sprzedaży tych samych artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych.

Jak wspomniano, operatorzy, którzy - na zasadzie dobrowolności - przystąpili już do sieci autoryzowanej przez Nestle, nie posiadają pełnej samodzielności w podejmowaniu decyzji na rynku sprzedaży vendingowej. Zakres i stopień tej samodzielności niewątpliwie miałyby istotne znaczenie w przypadku oceny postanowień Kontraktu na gruncie art. 5 ustawy

antymonopolowej z 2000 r., o czym była mowa w przytoczonym wcześniej komentarzu do ustawy. Ponieważ jednak postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte na wniosek Piotra Kuczery, pod zarzutem nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym, zaś – jak wykazano – Spółka Nestle nie jest uczestnikiem rynku udostępniania urządzeń vendingowych, należało ustalić **czy w niniejszej sprawie istnieje inny rynek produktowy, którego sama Nestle mogłaby być uczestnikiem**, i na którym, podejmowane przez tę Spółkę działania, mogłyby zagrozić konkurencji w sposób podniesiony przez Wnioskodawcę i spełniający szczegółowe przesłanki z art. 8 ust. 2 ustawy antymonopolowej z 2000 r.

W toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego postępowanie antymonopolowe ustalono, że te same artykuły spożywcze sprzedawane w urządzeniach z brandingiem Nestle, są powszechnie dostępne i mogą być serwowane przez wszystkich operatorów vendingowych, przy czym - w wypadku operatorów nie związanych ze Spółką kontraktem operatorskim - choć będą to te same produkty markowe, to urządzenia do ich sprzedaży, nie uzyskują brandingu Spółki Nestle.

Uwzględniając powyższe, jak również to, że Wnioskodawca, wiązał dominującą pozycję Nestle – wprawdzie na rynku udostępniania - z liczbą urządzeń vendingowych funkcjonujących na terenie kraju pod brandingiem tej Spółki, organ antymonopolowy wszczął pierwotnie postępowanie antymonopolowe pod zarzutem nadużywania przez Nestle pozycji dominującej na krajowym rynku dystrybucji artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych funkcjonujących pod znakami producentów tych artykułów oraz za pośrednictwem autoryzowanych przez nich operatorów.

Wszczynając postępowanie, organ antymonopolowy miał na uwadze, iż w toku postępowania wyjaśniającego została uprawdopodobniona dominująca pozycja Nestle na tak zdefiniowanym rynku właściwym, przyjmując przy tym założenie, że – ze względu na specyfikę prowadzenia takiej działalności - mogą istnieć przesłanki, wobec których sprzedaż pod brandingiem producenta stanowi odrębny rynek właściwy.

W części uzasadnienia odnoszącej się do rynku sprzedaży vendingowej stwierdzono, że bezpośrednimi jego uczestnikami, oprócz operatorów niezależnych i operatorów autoryzowanych przez krajowych sprzedawców artykułów spożywczych, są także ci sprzedawcy, którzy wprowadzają swoje wyroby do sprzedaży detalicznej w urządzeniach vendingowych bezpośrednio, zatrudniając w tym celu pracowników.

W przypadku Nestle, urządzenia AVM z jej brandingiem „sprzedają” wyroby tej Spółki wyłącznie za pośrednictwem operatorów, natomiast sprzedaż wyrobów Spółki za pośrednictwem urządzeń TTM realizowana jest zarówno przez tych operatorów, jak i bezpośrednio przez Nestle.

Pomimo, że w Kontraktach operatorskich Nestle zapisała, iż działaniami konkurencyjnymi w stosunku do jej operatorów nie jest wyszukiwanie lokalizacji pod urządzenia TTM, to w istocie Nestle i operatorzy w tym zakresie konkurują, ponieważ wprowadzają na ten sam rynek te same produkty na poziomie detalicznym.

Uwzględniając powyższe, zasadnym jest, aby Nestle zaliczyć również do bezpośrednich uczestników rynku sprzedaży vendingowej z urządzeń TTM.

W przypadku sprzedaży z urządzeń AVM, która realizowana jest wyłącznie poprzez autoryzowanych operatorów, Nestle bezpośrednim uczestnikiem sprzedaży vendingowej niewątpliwie już nie jest.

Należy jednak zauważyć, iż Nestle, w sposób aktywny tworzy własną sieć urządzeń AVM, do której przyjmuje operatorów. Operatorzy ci, choć z formalnego punktu widzenia są przedsiębiorcami od Nestle niezależnymi, jednak - jako bezpośredni uczestnicy rynku detalicznej sprzedaży vendingowej - pełnej samodzielności prowadzenia tej działalności nie posiadają i aby do tej sieci (jako jednej z wielu) przystąpić, muszą zaakceptować warunki Kontraktu operatorskiego zawieranego z Nestle. Nie oceniając, w tym miejscu, tych warunków należy jednak stwierdzić, iż postanowienia Kontraktu, wraz z obowiązującymi operatorów „Szczegółowymi warunkami handlowymi” i „Kodeksem postępowania ...” określają politykę marketingową Nestle, w tym w zakresie cen produktu dla odbiorcy końcowego na szczeblu detalicznym.

Z punktu widzenia możliwości oddziaływania na kształtowanie relacji pomiędzy obu bezpośrednimi stronami rynku detalicznej sprzedaży vendingowej (konsumentem a operatorem) nie występują zasadnicze różnice pomiędzy producentami, którzy – jak Nestle w przypadku AVM - organizują sieci sprzedaży vendingowej za pośrednictwem autoryzowanych dystrybutorów, a pozostałymi producentami, którzy sprzedaż tę prowadzą bezpośrednio, zatrudniając w tym celu pracowników, którzy z kolei muszą realizować polecenia pracodawcy.

Dodatkowym dowodem na tę okoliczność jest fakt, iż umowy zawierane z dysponentami lokali, na terenie których instalowane są automaty, są umowami trójstronnymi. Umowy podpisują nie tylko dysponent lokalu i operator, ale także sama Spółka Nestle, która – w umowach tych - przewidziała dla siebie rolę kontrolującego sposób realizacji przez operatora, polityki rynkowej ustalonej przez Nestle.

Wobec powyższego nie istniały podstawy do przyjęcia, iż Nestle i inni producenci artykułów żywnościowych, którzy tworzą sieci sprzedaży vendingowej, są wyłącznie uczestnikami rynku sprzedaży tych artykułów.

Ze względu na wskazane wyżej możliwości oddziaływania na relacje pomiędzy końcowymi uczestnikami rynku sprzedaży vendingowej, po obu jego stronach, zasadnym było przyjęcie - w pierwszym etapie niniejszej sprawy - założenia, iż Nestle jest również uczestnikiem rynku dystrybucji (sprzedaży) vendingowej, przy czym **jest to uczestnictwo pośrednie**.

W przypadku samoobsługowej sprzedaży z urządzeń AVM, nabywca (konsument) dokonuje zakupu napoju lub przekąski nie pod wpływem zdefiniowanych potrzeb, lecz pod wpływem impulsu determinowanego obecnością urządzenia w konkretnym miejscu. Jest to sprzedaż samoobsługowa, realizowana zarówno w miejscach, gdzie nie ma możliwości zakupu w tradycyjny sposób, jak i tam, gdzie stanowi alternatywę takiego tradycyjnego zakupu.

Pomimo tego, że same artykuły spożywcze dostępne w automatach (napoje lub przekąski) są dla ich nabywców (konsumentów) substytutami takich samych artykułów przeznaczonych do konsumpcji „na miejscu” oferowanych w sklepach lub gastronomii (posiadają te same właściwości, przeznaczenie i niekoniecznie różną cenę), to jednak dla nabywców tych, jeżeli znajdują się w konkretnym czasie, w miejscu, w którym znajduje się urządzenie vendingowe, zakup dokonany za jego pośrednictwem pod wpływem impulsu nie jest alternatywą zakupu w sklepie, jeżeli ten nie znajduje się w bezpośredniej bliskości urządzenia.

W sytuacji, gdy konsument może dokonać tradycyjnego zakupu w miejscu, gdzie zainstalowany jest automat, lub w bezpośredniej bliskości tego miejsca, to wówczas tradycyjny zakup danego artykułu spożywczego stanowi alternatywę zakupu tego samego artykułu z automatu.

Należy przy tym uznać za oczywiste - nie wymagające dowodu - iż dla konsumentów nie ma znaczenia, czy kupują artykuły spożywcze z urządzenia posiadającego branding producenta artykułu i zainstalowanego przez autoryzowanego dystrybutora, czy bezpośrednio przez tego producenta.

Należy również podzielić stanowisko Nestle, iż dla ostatecznego nabywcy, tj. konsumenta, który nie ma wpływu na lokalizację urządzenia, nie ma również znaczenia, czy nabywa produkt z urządzenia brandingowanego, czy bez brandingu. Nabywca nie kieruje się chęcią skorzystania z określonego własnymi preferencjami urządzenia. Korzysta on z takiego, jakie jest dostępne w określonym miejscu i czasie.

W sytuacji, gdy w bezpośredniej bliskości nie ma alternatywnego miejsca zakupu, może również nie mieć znaczenia rodzaj produktu znajdującego się w automacie jak i jego cena. Konsument albo kupuje produkt oferowany z automacie za ustaloną i uwidoczną na nim cenę albo zakupu tego nie dokonuje. Jeżeli z zakupu zrezygnuje, np. z braku bilonu lub nie ma nawyku lub zaufania do tej formy sprzedaży, a mimo to nadal odczuwa wywołaną pod wpływem impulsu potrzebę, to nie poszukuje innego - konkurencyjnego automatu oferującego ten sam produkt (lub będący jego substytutem), lecz realizuje zakup w najbliższym dostępnym miejscu, jeżeli tylko będzie miał taką możliwość.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż ostateczny nabywca (konsument), przy podejmowaniu decyzji zakupowych, nie kieruje się tym, czy automat posiada branding, a tym bardziej tym, czy automat jest obsługiwany przez autoryzowanego operatora,

Kontynuując powyższe rozważania, należy stwierdzić – na co zwracają uwagę obie strony postępowania – iż na funkcjonowanie rynku dystrybucji artykułów spożywczych w vendingach istotny wpływ mają podmioty udostępniające lokalizacje pod ich instalację.

Aby w ramach tej działalności przedsiębiorcy (tak sam producent, jak i jego dystrybutor oraz dystrybutor niezależny) mogli wprowadzić produkt (artykuł spożywczy) na rynek za pośrednictwem urządzenia vendingowego, muszą najpierw umieścić to urządzenie w odpowiednim – atrakcyjnym pod względem spodziewanej sprzedaży - miejscu. W tym celu należy znaleźć podmiot, który dysponuje takim miejscem i udostępni je operatorowi, najczęściej na podstawie umowy najmu powierzchni pod urządzenie. Tak więc, aby ostateczny nabywca produktu (konsument) mógł kupić produkt z urządzenia vendingowego, potrzebny jest niejako „pośrednik”, którym jest podmiot udostępniający powierzchnię pod urządzenie. To on decyduje, z którym operatorem (autoryzowanym, niezależnym lub samym producentem) zawrze umowę i jaki rodzaj urządzenia zostanie zainstalowany.

Konkurencja na rynku sprzedaży vendingowej, to przede wszystkim konkurowanie o jak największą liczbę atrakcyjnych lokalizacji dla urządzenia, co potwierdzili ankietowani w toku badania uczestnicy rynku.

Ostatecznie o powodzeniu przedsięwzięcia polegającego na dystrybucji artykułów spożywczych w vendingach decydują w największym stopniu preferencje podmiotów udostępniających powierzchnię pod urządzenie. Duża liczba atrakcyjnych lokalizacji gwarantuje wysoką sprzedaż samych artykułów.

Wobec powyższej specyfiki – uwzględniając także stanowisko Wnioskodawcy, w świetle którego sprzedaż w urządzeniach pozbawionych brandingu nie gwarantuje powodzenia - należało rozpoznać rynek pod kątem tych preferencji i ustalić, czy Nestle – jako producent artykułów spożywczych wprowadzający je do sprzedaży w automatach zaopatrzonych brandingiem poprzez swoich autoryzowanych dystrybutorów – jest w jakiś szczególny sposób

postrzegany przez podmioty, które udostępniają lub potencjalnie mogą udostępniać miejsca pod instalację vendingów.

W tym celu przeprowadzono badanie wśród 33 podmiotów, które albo udostępniają powierzchnie pod automaty, albo stanowią potencjalną stronę takiej umowy (dworce, obiekty sportowe, centra handlowe, centra biurowe, szkoły wyższe, salony sprzedaży samochodów, urzędy, szpitale).

Z ustaleń badania wynika, iż spośród 33 podmiotów, pytanych o znaczenie – przy wyborze oferty – trzech różnych czynników, takich jak (i) wysokość czynszu za najem powierzchni pod urządzenie, (ii) wysokość cen sprzedaży produktów oferowanych w urządzeniach oraz (iii) fakt, że instalowane urządzenie posiada branding:

- 14 podmiotów oświadczyło, że znaczenie ma dla nich wyłącznie wysokość czynszu oferowanego za najem powierzchni pod urządzenie vendingowe,
- 6 podmiotów oświadczyło, iż znaczenie ma dla nich wyłącznie wysokość cen sprzedaży produktów oferowanych w urządzeniach,
- 4 podmioty oświadczyły, że równorzędne znaczenie ma dla nich zarówno wysokość czynszu, jak i cena oferowanych produktów,
- 3 podmioty wskazały, że równorzędne znaczenie ma dla nich zarówno wysokość cen produktów, jak i fakt, że urządzenia są brandingowane,
- 1 podmiot wskazał, iż równorzędne znaczenie ma dla niego wysokość czynszu za wynajem, jak i fakt, że urządzenia są brandingowane,
- 5 podmiotów nie udzieliło odpowiedzi umożliwiających zakwalifikowanie ich do jednej z 5 powyższych kategorii.

Z ustaleń badania wynika także, iż:

- 17 podmiotów skłonnych byłoby zawrzeć umowę najmu z firmą nie posiadającą urządzeń brandingowanych, lecz oferującą korzystniejsze warunki cenowe najmu powierzchni, niż z firmą posiadającą urządzenia brandingowane, lecz składającą mniej korzystną ofertę najmu powierzchni. Pozostałych 16 podmiotów umowy w powyższych okolicznościach nie zawarłoby,
- 13 podmiotów nie zawarłoby umowy najmu z firmą nie posiadającą urządzeń brandingowanych, jeżeli mieliby do dyspozycji porównywalną ofertę firmy posiadającej urządzenia brandingowane. Pozostałe 20 podmiotów - w przypadku ofert porównywalnych cenowo - dopuszcza możliwość zawarcia umowy najmu powierzchni pod instalację urządzenia bez brandingu,
- 14 podmiotów wskazało, iż przy wyborze instalującego urządzenie vendingowe, ma dla nich znacznie, czy jest to firma będąca znanym producentem artykułów spożywczych lub autoryzowanym operatorem tego producenta, czy też operatorem niezależnym. Pozostałych 19 podmiotów podało, że jest to dla nich obojętne.

W świetle powyższych ustaleń nie można zasadnie twierdzić, aby podmioty udostępniające miejsca pod instalację vendingów, kierowały się w sposób zdecydowany takimi przesłankami jak branding urządzenia, a tym bardziej oferowaniem instalacji takiego urządzenia przez dystrybutora autoryzowanego przez producenta artykułów spożywczych.

Nawet te podmioty, które skłonne byłyby uwzględnić kryterium brandingu stwierdziły, iż mogłoby ono okazać się istotne dopiero wówczas, gdyby skierowano do nich porównywalne pod względem finansowym oferty.

W pierwszej kolejności o wyborze oferty decyduje wysokość proponowanego czynszu za najem powierzchni pod urządzenie, w drugiej kolejności wysokość cen produktów sprzedawanych w automatach, a w ostatniej kolejności – fakt, iż samo urządzenie posiada branding producenta.

Wobec powyższego nie istnieją uzasadnione podstawy aby przyjąć, iż Nestle i inni producenci artykułów spożywczych tworzący sieć sprzedaży vendingowej za pośrednictwem autoryzowanych przez siebie dystrybutorów, są pośrednimi uczestnikami innego rynku produktowego niż pozostali producenci, którzy we własnym zakresie wprowadzają te artykuły do sprzedaży vendingowej oraz dystrybutorzy niezależni.

W tym stanie rzeczy organ antymonopolowy podzielił argumentację Nestle, iż w pierwotnym postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego rynek właściwy został niezasadnie zawężony.

Za rozszerzeniem rynku właściwego produktowo w sposób, o którym mowa w postanowieniu nr RKR-87/2006 z dnia 28.03.2006 r., tj. krajowego rynku dystrybucji artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych, przemawiały przedstawione wyżej argumenty dotyczące postrzegania sprzedaży vendingowej zarówno przez ostatecznego nabywcę (konsumenta), jak i „pośrednika” w postaci dysponenta miejsca pod urządzenie.

Obie grupy ww. uczestników tego rynku po jego „popytowej” stronie (konsument i dysponent miejsca pod urządzenie pełniący rolę „pośrednika”) nie postrzegają w sposób szczególny zarówno oferty sprzedaży towaru z urządzenia z brandingiem instalowanego przez autoryzowanego operatora jak i zaoferowania samej instalacji takiego urządzenia przez takiego operatora. Obie te oferty (sprzedaży towaru z automatu i samej instalacji urządzenia) traktują jako substytut oferty skierowanej zarówno bezpośrednio przez producenta artykułów spożywczych (urządzenie posiada wówczas branding) jak i przez operatora niezależnego (bez brandingu).

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż w niniejszej sprawie, zarówno Nestle i inni producenci artykułów spożywczych organizujący sieci sprzedaży vendingowej za pośrednictwem autoryzowanych dystrybutorów, jak i producenci, którzy sprzedaż vendingową realizują we własnym zakresie, a także niezależni operatorzy dysponujący vendingami bez brandingu, są uczestnikami tego samego rynku produktowego.

Wydając w dniu 28.03.2006 r. postanowienie nr RKR-87/2006 o zmianie rynku właściwego dla Nestle na krajowy rynek dystrybucji artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych, organ antymonopolowy miał również na uwadze wcześniejszą argumentację dotyczącą samego uczestnictwa Nestle w rynku vendingowej dystrybucji artykułów spożywczych, tj. możliwości decydującego oddziaływania na relacje pomiędzy końcowymi uczestnikami tego rynku w przypadku urządzeń AVM oraz bezpośrednio uczestnictwo w tej części rynku, która jest związana z urządzeniami TTM.

Należało także uwzględnić że Spółka Nestle instaluje urządzenia ze swoim brandingiem (bezpośrednio lub poprzez swoich operatorów) na terenie całej Polski.

W wyniku dalszej analizy sprawy, organ antymonopolowy uznał jednak, iż jest to błędny wniosek ponieważ ustawowa definicja konkurentów (art. 4 pkt 10 ustawy

z 2000 r.) wyklucza – w niniejszej sprawie - uczestnictwo Nestle w krajowym rynku dystrybucji (sprzedaży) artykułów spożywczych w urządzeniach vendingowych.

Należało uwzględnić - co już wcześniej wywiedziono – że vendingowa sprzedaż jest sprzedażą na szczeblu detalicznym, a zatem nie może to być rynek o zasięgu ogólnokrajowym (na potrzeby sprzedaży detalicznej wyznacza się zazwyczaj rynki jednej miejscowości i jej najbliższej okolicy), lecz mniejszym, ograniczonym do terenu, na którym faktycznie konkurują pomiędzy sobą jego uczestnicy. W ustaleniach dotyczących rynku właściwego dla Wnioskodawcy przyjęto, że mógłby to być lokalny rynek sprzedaży vendingowej, o zasięgu terytorialnym dwóch dawnych województw- nowosądeckiego i bielskiego.

Wobec powyższego organ antymonopolowy podzielił argumentację Nestle i - jak wspomniano w początkowej części uzasadnienia nin. decyzji - w postanowieniu nr 194/2007 ostatecznie zdefiniował rynek właściwy dla Spółki Nestle, w niniejszej sprawie, jako krajowy rynek sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w urządzeniach vendingowych.

Wprawdzie – jak wstępnie założył organ antymonopolowy i co zostało wcześniej wykazane – Nestle można przypisać uczestnictwo również w rynku sprzedaży vendingowej (głównie pośrednie), jednak w niniejszej sprawie - prowadzonej z wniosku operatora autoryzowanego przez Nestle - który występuje tu wyłącznie w roli bezpośredniego uczestnika tego rynku, decydujące znaczenie mają - na co zresztą sam Wnioskodawca zwraca uwagę formułując szczegółowe zarzuty antymonopolowe – warunki, na jakich Nestle udostępnia operatorom produkty, które następnie sprzedawane są w detalu za pośrednictwem vendingów. Warunki te określone zostały w kontraktach operatorskich oraz w Szczegółowych warunkach handlowych i Kodeksie postępowania Dokumenty te określają politykę marketingową Nestle, odnoszącą się do tej części sprzedaży jej wyrobów, które są oferowane w vendingach, które – jak podnosi Nestle – są jednym z kanałów dystrybucji wyrobów Nestle na rynku krajowym.

Inaczej mówiąc w niniejszej sprawie należało ustalić czy Nestle poprzez swoje zachowania na rynku dla niej właściwym zagroziła konkurencji na rynku właściwym dla Wnioskodawcy, tj. rynku vendingowej sprzedaży artykułów spożywczych.

Z ustaleń postępowania wynika, że operatorzy Nestle (w tym Wnioskodawca) sprzedawali w vendingach takie produkty tej Spółki, jak:

- kawa,
- herbata,
- czekolada do picia,
- zupy,
- przekąski (batony, paluszki, chipsy itp.)

W swoim wniosku P. Kuczera trzy pierwsze z ww. produktów (kawę, herbatę i czekoladę do picia) zalicza do jednej grupy napojów gorących, pozostałe dwa (zupy i przekąski) traktuje oddzielnie.

Powyższe każe ponownie zastanowić się nad specyfiką sprzedaży vendingowej oraz techniczną jej stroną.

Pomimo, że dla konsumenta, tj. końcowego detalicznego nabywcy produktu z automatu, kawa, herbata i czekolada do picia mogą być uznawane za substytuty i przy zbliżonej cenie zaliczone - jak czyni to Wnioskodawca – do jednej grupy napojów gorących kupowanych pod wpływem impulsu i konsumowanych na miejscu, to jednak każdy z tych 3 produktów jest inny i posiada inne właściwości i smak.

Ponadto fakt, iż stanowiące konkurencję dla automatów tradycyjne miejsca sprzedaży napojów konsumowanych na miejscu (kawiarnie, bary, bufety, restauracje), każde z tych 3 produktów traktuje jako oddzielną pozycję swojej oferty sprawia, iż nie można ich traktować jako jeden produkt, lecz każdy z nich należy uznać za odrębny produkt rynku sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w automatach.

Rozważenia również wymaga, czy wszystkie istniejące na rynku postaci 3 ww. produktów są w niniejszej sprawie należą do rynku właściwego dla Nestle, tj. krajowego rynku sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w automatach.

Ze względu na techniczny sposób podania należy do nich zaliczyć postać instant, tj. kawę herbatę i czekoladę, które w procesie przygotowania w automacie ulegają rozpuszczeniu. Należy także mieć na uwadze, iż wśród urządzeń TTM – które, jak wykazano wcześniej, zaliczyć należy do tego samego rynku, co AVM - są także ekspresy do kawy, które parzą kawę mieloną, a także mielą przednio kawę w postaci ziaren.

Wobec powyższego należy uznać, iż w przypadku kawy, wszystkie jej rodzaje należą do tego samego rynku produktowego i nie ma powodu, aby wyodrębnić specjalnie kawę w postaci wsadu do vendingów. Jeżeli zaś chodzi o poziom cen kawy, lub – podnoszoną przez Wnioskodawcę - wielkość opakowań jednostkowych, które również mogą wpływać na cenę jaką płacą operatorzy vendingowi (autoryzowani tak przez Nestle jak i przez innych jej sprzedawców oraz operatorzy niezależni), aby uzupełnić jej zapas w automacie, należy mieć na uwadze, że na krajowym rynku dostępna jest kawa różnych producentów, za bardzo zróżnicowane ceny, są to kawy znanych marek światowych, jak i produkty tańsze sprzedawane przez krajowych lub lokalnych przedsiębiorców.

Wsadem do vendingu może być zatem równie dobrze kawa tańsza w dużym opakowaniu, jak i droższa w małym opakowaniu.

Należy także przyjąć, że w przypadku impulsywnego vendingowego zakupu, jakość kawy, czy jej marka, ma drugorzędne znaczenie. Konsument albo oferowaną w automacie kawę kupi, albo z jej zakupu zrezygnuje.

Z powyższych względów do artykułów przynależnych do rynku właściwego produktowo dla Nestle zaliczono:

- kawę naturalną pod każdą jej postacią razem,
- Herbatę rozpuszczalną (instant) oraz
- Czekoladę do picia.

Należy także dodać, że każdy z ww. napojów gorących, w postaci kawy, herbaty i czekolady może być tradycyjnie zaoferowany przez wszystkich potencjalnych konkurentów operatora vendingowego, w kawiarniach, barach, bufetach, restauracjach, które są zlokalizowane w pobliżu automatu.

Również w przypadku przekąsek - zarówno słodkich, jak i słonych (batony, paluszki, chipsy itp.) - oferowanych w automatach nie istnieją przesłanki do tego, aby oddzielać te, które zostały skierowane do branży zwanej w skrócie „ReHoCa” (restauracje, hotele, catering) od pozostałych sprzedawanych w sklepach. W obu wypadkach i za każdym razem są to te same produkty w tych samych opakowaniach występujące pod tymi samymi, znanymi konsumentom, nazwami (np. Milky Way, Prince Polo, Mars. itp.).

Inaczej - w ocenie organu antymonopolowego - należy natomiast ocenić ostatni z ww. artykułów, tj. zupy. Sama Nestle przyznaje, że receptura zup oferowanych w vendingach - z uwagi na możliwość ich zbrylania i zapychania urządzeń - różni się od receptury zup instant oferowanych w tradycyjnych kanałach dystrybucji.

W tym wypadku zatem zupy w postaci „wsadu” do urządzeń vendingowych są odrębnym artykułem spożywczym przynależnym do rynku właściwego, gdyż ich powszechnie dostępna wersja instant nie jest – z punktu widzenia operatora vendingowego substytutem tego „wsadu”.

Ostatecznie zatem artykułami spożywczymi składającymi się na rynek właściwy dla Nestle i określony w postanowieniu nr 194/2007, jako krajowy rynek sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w urządzeniach vendingowych, są:

- kawa naturalna pod każdą jej postacią,
- herbata rozpuszczalna (instant),
- czekolada do picia,
- przekąski słodkie i słone razem.
- Zupy w postaci dostosowanej do serwowania w urządzeniach vendingowych, tj. „wsadu” do vendingów.

Udział Spółki Nestle w rynku właściwym.

Ustalenia dotyczące wartości sprzedaży wszystkich 5 ww. artykułów spożywczych na rynku krajowym zawarte są w załączniku nr 2 do niniejszej decyzji. **Załącznik ten nie jest jawny.** I tak:

- **Kawa naturalna** - z ustaleń badania wynika, że wartość sprzedaży kawy przez Nestle stanowiła w roku 2004 - 29,5 % łącznej wartości sprzedaży kawy na rynku krajowym przez wszystkich sprzedawców, zaś w roku 2005. było to 25,3 % (załącznik nr 2 str. 1),
- **Herbata rozpuszczalna** - z ustaleń badania wynika, że wartość sprzedaży herbaty przez Nestle stanowiła tak w roku 2004 jak i w 2005- 0,4 % łącznej wartości sprzedaży herbaty na rynku krajowym przez wszystkich sprzedawców (załącznik nr 2 str. 2),
- **Czekolada do picia** - z ustaleń badania wynika, że wartość sprzedaży czekolady przez Nestle stanowiła w roku 2004 - 3,4 % łącznej wartości sprzedaży czekolady na rynku krajowym przez wszystkich sprzedawców, zaś w roku 2005. było to 2,3 % (załącznik nr 2 str. 3),
- **przekąski** - z ustaleń badania rynku wynika, że z ustaleń badania wynika, że wartość sprzedaży przekąsek przez Nestle stanowiła w roku 2004 - 22,6 % łącznej wartości sprzedaży przekąsek na rynku krajowym przez wszystkich sprzedawców, zaś w roku 2005 było to 24,1 % (załącznik nr 2 str. 4).

W świetle powyższych ustaleń wartość sprzedaży 4 ww. artykułów spożywczych oferowanych w vendingach, zrealizowanej przez Spółkę Nestle na krajowym rynku ani w 2004 r., ani w 2005 r. nie osiągnęła granicy 40 %, powyżej której –stosownie do art.4 pkt. 9

ustawy antymonopolowej z 2000 r. - zachodzi domniemanie posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Ze względu na swoją strukturę, organ antymonopolowy dokonał bardziej szczegółowej analizy sprzedaży zup w postaci „wsadu” do vendingów. Dane liczbowe dotyczące wartości sprzedaży zawarte są na str. 5 załącznika nr 2 do decyzji. Wynika z nich, że dwoma przedsiębiorcami realizującymi łącznie ok. 90 % wartości sprzedaży takich zup - są Spółka Nestle i Spółka Maspex., przy czym: w roku 2004 – Spółka Nestle sprzedała 59,5 % zup , natomiast Spółka Maspex - 32,5 %; w 2005 r. – Spółka Nestle - 28,7 %, Sp. Maspex 57,5 %; w 2006 r. Spółka Nestle - 25,6 %, Sp. Maspex – 64,1 %.

W świetle powyższych ustaleń sprzedaży zup w postaci „wsadu” do vendingów w krajowych warunkach posiada postać typowego duopolu, co również obala ewentualne **założenie o zdecydowanej lub dominującej przewadze któregoś z dwóch ww. sprzedawców.**

Tę duopolistyczną strukturę potwierdza szczegółowa analiza kształtowania się wartości sprzedaży zup – „wsadu” do vendingów w poszczególnych miesiącach 2005 r.

Na podstawie danych zawartych na str. 5 załącznika nr 2 można stwierdzić, że jedynie w kwietniu 2005 r. Spółka Nestle przekroczyła granicę 40 % wartości sprzedaży , natomiast Spółka Maspex tę granicę przekroczyła w 7 miesiącach (luty, marzec, czerwiec, lipiec, sierpień, październik i listopad). W 4 miesiącach (styczeń, maj, wrzesień i grudzień) zarówno Nestle jak i Maspex sprzedały - każda z nich z osobna - ponad 40 % zup w postaci „wsadu” do vendingów (liczonych wartością sprzedaży).

Obserwując wartości sprzedaży dwóch ww. przedsiębiorców na przestrzeni lat 2004 – 2006 - należy stwierdzić, że jest to utrwalona struktura rynkowa. Porównując wartości sprzedaży wszystkich uczestników rynku ogółem w latach 2004, 2005 i 2006 należy również podzielić stanowisko Nestle, że sprzedaż zup w postaci „wsadu” do vendingów posiada wzrostową tendencję. Sprzedaż ta w każdym z kolejnych lat rosła w stosunku do roku poprzedniego - odpowiednio - o 84 % i 54 % .

Sąd Antymonopolowy (Obecnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów) w wyrokach: z dnia 6 kwietnia 1994 r. (sygn. akt XVII Amr 52/93) i z dnia 25 lipca 2001r. (sygn. akt XVII Ama 96/00) stwierdził, że „ faktyczne konkurowanie dwóch przedsiębiorców o udziale w rynku przekraczającym 40 % (dupol) uzasadnia obalenie domniemanie posiadania przez nich pozycji dominującej, o której mowa w ustawie antymonopolowej. Rynek typu duopolowego, w sytuacji gdy konkurujące ze sobą podmioty mają zbliżony w nim udział, cechuje istotny charakter konkurencji. Żaden z dwóch konkurentów nie ma tak charakterystycznej, prowadzącej do zmniejszenia się udziału w rynku konkurenta, czy też podejmowania innych niezależnych działań, nie uwzględniających zachowań konkurenta i klientów. (...) W sytuacji istnienia duopolu w zasadzie każda nowa propozycja rynkowa jednego z konkurentów spotyka się z natychmiastową kontrpropozycją drugiego z nich, a faktyczne konkurowanie ze sobą przedsiębiorców obala domniemanie w zakresie posiadania pozycji dominującej. Można zatem stwierdzić, iż zagrożenie dla konkurencji na rynkach o strukturze duopolistycznej nie polega na możliwości nadużywania siły rynkowej przez jednego z przedsiębiorców, lecz raczej na ewentualności powstania wyraźnego lub dorozumianego porozumienia pomiędzy uczestnikami rynku, skutkującego zwyżką cen. Jednostronne, niezależne od zachowania konkurenta działanie jest bowiem w duopolu w zasadzie niemożliwe”.

W stwierdzonych okolicznościach, aby sprzedaż produktu, w której faktycznie uczestniczy tylko dwóch przedsiębiorców mogła zostać uznana za zdominowaną przez jednego z nich, niezbędna jest istotna asymetria ich siły rynkowej, daleko większa niż w przypadku wynikającej z ustaleń organu antymonopolowego sprzedaży zup w postaci „wsadu” do vendingów, które to zupy – co należy podkreślić - stanowią niewiele ponad 1 % wartość sprzedaży ogółem zrealizowanej za pośrednictwem vendingów z brandingiem Nestle (dowód: dane z zestawienia Nestle z dnia 11.09.2006 r. oraz z zastawienia Nestle z dnia 17.07.2006 r.).

Konkludując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż Spółka Nestle nie dostarcza na rynek krajowy więcej niż 40 %, któregośkolwiek z artykułów spożywczych składających się na krajowy rynek sprzedaży artykułów spożywczych oferowanych w urządzeniach vendingowych, a zatem matematycznie niemożliwe jest, by jego udział w tym rynku kształtował się powyżej tej wartości. W związku z powyższym teza, jakoby Spółka Nestle zajmowała pozycję dominującą na rynku dla niej właściwym, nie znajduje potwierdzenia w ustaleniach faktycznych niniejszej sprawy.

Stosownie do art. 80 ustawy antymonopolowej z 2000 r., w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przez Prezesem Urzędu, stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego.

Zgodnie z art. 105 k.p.a., jeżeli postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.

Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego „(...) oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do jej istoty. Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracji” (B. Adamiak/ J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 1996, str. 462).

W przedmiotowej sprawie przesłanką umorzenia postępowania antymonopolowego, przemawiającą za jego bezprzedmiotowością, jest brak – po stronie Spółki Nestle - pozycji dominującej na rynku właściwym, a zatem brak podstaw do oceny jej zachowań pod kątem jej nadużycia.

Przesłanka ta (brak pozycji dominującej) została ujawniona dopiero w toku postępowania antymonopolowego, po ustaleniu i weryfikacji rynku właściwego oraz przeprowadzeniu szczegółowych badań rynkowych i analizy wyników tych badań.

Mając na uwadze ustalenia postępowania antymonopolowego oraz fakt, że ustawa antymonopolowa nie zawiera przepisów, które należałoby zastosować w powyższych okolicznościach (w sprawie nie wystąpiły przesłanki, które nakazywałyby umorzenie postępowania w trybie art. 67 ustawy), orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy antymonopolowej z 2000 r., w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura Urzędu w Krakowie, 31-011 Kraków, Pl. Szczepański 5, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Dyrektor Delegatury
Leszek Piekarczyk

Otrzymują:

1. dr hab. Elżbieta Traple, dr Paweł Podrecki,
Pełnomocnicy Nestle Polska S.A.

Traple Konarski Podrecki
Kancelaria Prawna sp.j.
ul. Królowej Jadwigi 170
30-212 Kraków

2. Grzegorz Tyniec – radca prawny
pełnomocnik Piotra Kuczery „Cafe Club” w Zakopanem

Tyniec, Micherdzińska Spółka Partnerska
radcy prawnego i adwokata
ul. Kasprowicza 20/1
31-523 Kraków

3. a/a RKR