



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI i KONSUMENTÓW
W WARSZAWIE**

RWA-41-12/04/DJ

Warszawa, dn. 28 grudnia 2006 r.

DECYZJA nr RWA – 46/2006

Na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy 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 imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

odmawia się wszczęcia na wniosek Przedsiębiorstwa Handlowego AMA S.A. w Warszawie **postępowania antymonopolowego** pod zarzutem stosowania przez spółkę Komplex – Torus Sp. z o.o. w Warszawie:

- I. praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na podejmowaniu działań ograniczających na obszarze województwa mazowieckiego dostęp do hurtowego i podhurtowego tradycyjnego rynku sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej poprzez zawieranie z innymi podmiotami, działającymi na wskazanym powyżej rynku właściwym, porozumień ograniczających Przedsiębiorstwu Handlowemu AMA S.A. w Warszawie możliwość konkurencyjnej sprzedaży hurtowej produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej;
- II. praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez podejmowanie działań mających na celu umacnianie na rynku tradycyjnej hurtowej i podhurtowej sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej na obszarze województwa mazowieckiego pozycji dominującej wskutek przejmowania lub kontrolowania innych podmiotów gospodarczych działających na tym rynku.

UZASADNIENIE

W dniu 16 września 2004 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury UOKiK w Warszawie wpłynął wniosek Przedsiębiorstwa Handlowego AMA S.A. w Warszawie (dalej: Ama lub Wnioskodawca), - uzupełniony na wezwanie Prezesa Urzędu pismem z dnia 19 listopada 2004 r. - o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku ze stosowaniem przez spółkę Komplex – Torus Sp. z o.o.

w Warszawie (dalej: Spółka lub KT) praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 6 oraz art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.) (dalej także: ustawa).

W powołanym wniosku Ama postawiła KT zarzut podejmowania działań ograniczających na obszarze województwa mazowieckiego dostęp do hurtowego i podhurtowego tradycyjnego rynku sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej poprzez zawieranie z innymi podmiotami działającymi na wskazanym rynku właściwym porozumień ograniczających możliwość konkurencyjnej sprzedaży hurtowej produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z powołanym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Ama postawiła KT także zarzut nadużywania posiadanej siły rynkowej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, polegające na podejmowaniu działań mających na celu umacnianie na relevantnym rynku tradycyjnej hurtowej i podhurtowej sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej na obszarze województwa mazowieckiego pozycji dominującej poprzez przejmowanie lub kontrolowanie innych podmiotów gospodarczych działających na tym rynku, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Ponieważ przedstawione przez Wnioskodawcę oraz dostępne Urzędowi informacje nie były wystarczające do zajęcia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stanowiska w sprawie istnienia podstaw do wszczęcia w zasygnalizowanej sprawie postępowania antymonopolowego lub braku takich podstaw, działając na podstawie art. 43 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 i 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 13 grudnia 2004 r. wszczął postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z działaniami Spółki nastąpiło naruszenie przepisów ustawy, uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. akt RWA-40-26/04/MS). Przedmiotem prowadzonego postępowania wyjaśniającego było w szczególności zdefiniowanie rynku właściwego, na którym działa KT, ustalenie zasad wzajemnej współpracy KT oraz jego kontrahentów i klientów oraz ustalenie, czy ujawnione w toku postępowania działania Spółki stanowią naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie praktyk ograniczających konkurencję.

Informacje i wyjaśnienia uzyskane w toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego od Wnioskodawcy, Spółki i przedsiębiorców, których Wnioskodawca wskazał jako podmioty, które mają zostać przejęte przez KT, Prezes Urzędu uznał za wystarczające dla rozstrzygnięcia o istnieniu podstaw do wszczęcia postępowania antymonopolowego pod zarzutem stosowania przez Spółkę praktyk ograniczających konkurencję w zakresie wskazanym we wniosku oraz pismach kierowanych w jego uzupełnieniu.

Postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 21 kwietnia 2006 r. ww. postępowanie wyjaśniające zostało zamknięte.

W tym miejscu należy zauważyć, iż niektóre informacje i dokumenty, w oparciu o które

Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, przedsiębiorcy uznali za swoją tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu czynów nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że w treści decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 63 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania.

Powyższe okoliczności wyznaczają kształt niniejszej decyzji, która składa się z następujących części:

1. Właściwej decyzji – jawnej dla wnioskodawcy, której przyporządkowany jest załącznik z informacjami niejawnymi;
2. Załącznika – niejawnego dla wnioskodawcy.

Informacje zawarte we wskazanym wyżej załączniku stanowią integralną część niniejszej decyzji.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje.

Wnioskodawca – Przedsiębiorstwo Handlowe Ama S.A. w Warszawie prowadzi działalność w zakresie tradycyjnego hurtowego handlu produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej. Geograficzny zasięg działania Ama obejmuje obszar województwa mazowieckiego.

Komplex-Torus Sp. z o.o. w Warszawie, względem której Wnioskodawca sformułował zarzut stosowania praktyk ograniczających konkurencję, prowadzi działalność gospodarczą w zakresie analogicznym do Wnioskodawcy. KT jest jedynym udziałowcem spółki Komplex – Hurt Dystrybucja Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: KH), której przedmiotem działalności, oprócz sprzedaży artykułów produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej, jest również wykonywanie usług promocyjnych i marketingowych oraz usług dystrybucyjno – magazynowych. Główny i jedyny magazyn KT znajduje się w Warszawie. KH posiada natomiast swoje magazyny w Łomży, Siedlcach, Lublinie, Sieradzu i Płocku.

Wnioskodawca jak i Spółka działają na tzw. tradycyjnym rynku hurtowej i podhurtowej sprzedaży produktów kosmetycznych oraz chemii gospodarczej, obejmującym sieć sprzedaży prowadzoną przez krajowe podmioty gospodarcze, w tym spółdzielnie, hale targowe i prywatne grupy handlowe w województwie mazowieckim.

Ama oceniła udział Spółki w tak określonym rynku właściwym na ok. 60%, podkreślając, iż Spółka stale wzmacnia swoją pozycję rynkową.

Zdaniem Ama, Spółka, wykorzystując posiadaną siłę rynkową, wpływa na zawieranie z innymi uczestnikami rynku (m.in. podmiotami zajmującymi się sprzedażą podhurtową i detaliczną) porozumień mających na celu eliminację lub istotne ograniczenie współpracy z podmiotami zajmującymi się działalnością konkurencyjną. Wnioskodawca podniósł, że KT posługuje się także innymi mechanizmami, które mają na celu przejmowanie, a w efekcie wzmacnianie i tak dominującej pozycji rynkowej. Dotyczy to przejmowania pracowników wraz rynkiem, którzy ci pracownicy obsługiwali, a tym samym przejmowanie baz danych klientów, adresów, kontaktów, systemu organizacji sprzedaży.

Wnioskodawca wskazał, iż KT wzmacniając swoją siłę rynkową dokonał przejęcia następujących podmiotów: Kolex w Sieradzu, Kolart w Siedlcach, Domar w Warszawie,

Vena w Płocku, a także próbuje przejąć: Farex w Węgrowie, Edmar w Wyszkwowie, Renomę Garwolinie, Mydlarz w Warszawie oraz Hermes w Wołominie (pismo Ama z dnia 8 września 2004 r.). Prezes Urzędu ustalił, iż zarzuty postawione przez Wnioskodawcę odnoszą się do następujących przedsiębiorców:

1. Marek Kolanus prowadzący w Sieradzu działalność gospodarczą pod nazwą Kolex Plus (dalej: Kolex),
2. Artur Frelek prowadzący w Siedlcach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowe COL-ART. (dalej: COL-ART),
3. Domar w Warszawie – podmiot już nie istnieje (dalej: Domar),
4. Vena Sp. z o.o. w Płocku (dalej: Vena),
5. Marek Gorczyca prowadzący w Węgrowie działalność gospodarczą pod nazwą Marek Gorczyca Hurtownia Farex (dalej: Farex),
6. Edyta Ponichtera prowadząca działalność gospodarczą w Wyszkwowie nazwą FH Edmar (dalej: Edmar),
7. Przedsiębiorstwo Handlowe Renoma w Garwolinie (dalej: Renoma),
8. Mydlarz Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Mydlarz),
9. Helenę Chojnowską prowadzącą w Wołominie działalność gospodarczą pod nazwą Hurtownia Hermes (dalej: Hermes).

Wnioskodawca wyjaśnił, iż wskutek działań Spółki polegających na zawieraniu porozumień ograniczających możliwość konkurencyjnej sprzedaży hurtowej produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej, Spółka faktycznie eliminuje z rynku właściwego inne podmioty. Wnioskodawca podkreślił, iż specyfika rynku powoduje, że podmioty na nim działające są bardzo często względem siebie w zakresie określonych grup asortymentowych konkurentami i jednocześnie nabywcami innych produktów celem ich dalszej odsprzedaży. Z uwagi na powyższe, nie można w sposób kategoriyczny określić, czy podmioty działające w porozumieniu ze Spółką są jedynie jej konkurentami czy także jej kontrahentami. Wnioskodawca stwierdził, iż istotą i celem zawieranych przez KT porozumień jest chęć faktycznego całkowitego podporządkowania ekonomicznego mniejszych podmiotów i uczynienia ich podmiotami zależnymi, współpracującymi wyłącznie z KT. Ama podkreśliła, że stawiany Spółce zarzut zawierania porozumień antykonkurencyjnych jest ściśle powiązany z drugim sformułowanym we wniosku zarzutem nadużywania przez KT posiadanej siły rynkowej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, polegające na podejmowaniu działań mających na celu umacnianie na rynku właściwym pozycji dominującej poprzez przejmowanie lub kontrolowanie innych podmiotów działających na tym rynku.

Wnioskodawca przedstawił następujący mechanizm działania Spółki, który służy przejmowaniu kontroli nad innymi uczestnikami rynku, na którym działa. Według Ama, KT zawiera „porozumienie monopolistyczne” z danym podmiotem, w konsekwencji którego przedsiębiorca ten nie ma możliwości współpracy z innymi uczestnikami rynku. Podmiotom objętym porozumieniem oferowana jest możliwość zaciągania korzystnego kredytu kupieckiego i w sposób nieformalny akceptowane jest opóźnianie w spłacie zadłużenia. Zdaniem Wnioskodawcy, w ten sposób następuje całkowite uzależnienie finansowe oraz funkcjonalne od Spółki. Następnie Spółka żąda natychmiastowej spłaty wymagalnego zadłużenia lub – jako wyjście alternatywne – zgody na przejęcie podmiotu z możliwością pozostawienia dotychczasowego właściciela jako osoby zarządzającej. Wnioskodawca wskazał, iż w ten sposób powstały oddziały KT w Płocku (dawniej: firma Vena)

i w Siedlcach (dawniej: COL-ART). Wnioskodawca zwraca uwagę, że jest to przejęcie firmy z całą infrastrukturą i bazą danych, czyli po prostu przejęcie części rynku. Z posiadanych przez Wnioskodawcę informacji wynika, iż Spółka zawarła porozumienia i próbuje przejąć następujące podmioty¹:

1. Marek Gorczyca prowadzący w Węgrowie działalność gospodarczą pod nazwą Marek Gorczyca Hurtownia Farex (dalej: Farex),
2. Edyta Ponichtera prowadząca działalność gospodarczą w Wyszku nazwą FH Edmar (dalej: Edmar),
3. Mydlarz Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Mydlarz),
4. Redom Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Redom),
5. Chemix w Garwolinie (dalej: Chemix).

Opierając się na własnych szacunkach rynkowych, Ama wskazała, iż miesięczny obrót KT wraz z podmiotami zależnymi oraz podmiotami objętymi porozumieniem wynosi ok. 20-25 mln złotych. Ama przekazała także dane obrazujące szacunkowe obroty konkurentów Spółki. W ocenie Wnioskodawcy, zestawienie wielkości obrotów Spółki z obrotami konkurentów działających na ww. rynku wskazuje na posiadanie przez Spółkę pozycji dominującej. Jako inne liczące się na tym rynku podmioty Wnioskodawca, oprócz siebie, wskazał Carpe Diem, Ipson i Marton, nie podając ich siedzib ani formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej (pismo Wnioskodawcy z dnia 19 listopada 2004 r.).

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego Spółka ustosunkowała się do informacji zawartych we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem stosowania przez nią praktyk ograniczających konkurencję. KT podniósł, iż bezzasadny jest zarzut Wnioskodawcy jakoby Spółka zawierała z innymi podmiotami działającymi na wskazanym rynku właściwym porozumienia ograniczające możliwość konkurencyjnej sprzedaży produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej.

[tajemnica przedsiębiorstwa - pkt 1 załącznika do decyzji]

Spółka zaprzeczyła również postawionemu przez Wnioskodawcę zarzutowi nadużywania pozycji dominującej na tzw. tradycyjnym rynku hurtowej i podhurtowej sprzedaży produktów kosmetycznych oraz chemii gospodarczej na obszarze województwa mazowieckiego. Zdaniem KT, rynkiem właściwym w aspekcie geograficznym dla rynku tradycyjnej hurtowej i podhurtowej sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej *[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika do decyzji]*. Na tak zdefiniowanym rynku geograficznym Spółka nie posiada pozycji dominującej, stąd też jej działań nie można rozpatrywać w aspekcie naruszania przepisu art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. KT wskazał ponadto, że jego przychody ze sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej z roku na rok spadają (w ocenie Spółki miesięczny obrót jej grupy kapitałowej wynosi ok. 14,3 mln zł, a nie jak szacuje Ama 20 – 25 mln zł), co jednoznacznie świadczy o tym, że jego pozycja na rynku nie umacnia się, a wręcz przeciwnie – ulega znacznemu osłabieniu.

Spółka podniosła, że nie wykorzystuje mechanizmów działania przedstawionych przez Wnioskodawcę, a polegających na funkcjonalnym i organizacyjnym uzależnieniu od siebie innych uczestników rynku, poprzez oferowanie im korzystnego kredytu kupieckiego i akceptowaniu w sposób nieformalny opóźnienia w spłacie zadłużenia, aby następnie zażądać natychmiastowej spłaty kredytu, proponując jednocześnie jako wyjście alternatywne

¹ Pismo Ama z dnia 19 listopada 2004 r.

wyrażenie zgody na przejęcie podmiotu z możliwością pozostawienia dotychczasowego właściciela jako osoby zarządzającej. Spółka nie zgodziła się ze stwierdzeniem, iż w sposób formalny bądź nieformalny akceptuje opóźnienie kontrahentów w spłacie zadłużenia w celu zastosowania opisanych wyżej mechanizmów pozwalających jej na dokonanie wrogiego przejęcia tych podmiotów. KT przyznał wprawdzie, że przeterminowanie płatności dotyczy 41,74% opłat należnych mu ze strony kontrahentów, wskazał jednak, że przeterminowanie płatności w każdej dziedzinie działalności gospodarczej jest w dzisiejszych czasach zjawiskiem powszechnym. Fakt, że KT boryka się z problemem nieterminowych płatności nie jest niczym nadzwyczajnym na rynku. Jednocześnie Spółka wskazała, że skierowała już do sądu ponad 32 sprawy o windykację należności. Odnosząc się do twierdzeń Wnioskodawcy jakoby oddziały KT w Płocku (dawniej: VENA Sp. z o.o.) oraz w Siedlcach (dawniej: COL-ART) miały powstać na skutek wykorzystania przez KT wskazanych wyżej mechanizmów Spółka wyjaśniła, że nie współpracowała wcześniej z żadnym z tych przedsiębiorców, nie miała więc możliwości zastosowania schematu, który przypisuje jej Wnioskodawca. W odniesieniu do innych wskazywanych przez spółkę Ama przedsiębiorców (Kolex, Domar, Farex, Edmar, Chemix, Mydlarz, Redom, Hermes), z którymi Spółka miała zawrzeć porozumienia i dąży do ich przejęcia, Spółka wyjaśnia, iż nigdy nie współpracowała z Kolex ani Domar, aktualnie nie współpracuje też z Mydlarz oraz Chemix, z pozostałymi zaś przedsiębiorcami Spółka pozostaje w kontaktach handlowych, ale nie ma zamiaru ich przejęcia.

Dla zbadania powyższych zarzutów Prezes urzędu przeprowadził czynności w ramach postępowania wyjaśniającego.

Z ustaleń poczynionych przez Prezesa Urzędu wynika, iż w 1997 r. Hermes podjął ze Spółką ściślejszą formę kooperacji polegającą na stworzeniu wspólnej sieci dystrybucyjnej „Jawa”. Z wyjaśnień przekazanych przez Hermes odnośnie zasad tej kooperacji wynika, iż hurtownie współpracujące z KT zobowiązały się do podpisania ze swoimi strategicznymi klientami umów zobowiązujących ich do oznakowania swoich sklepów logo „Jawa” i do comiesięcznego zakupu określonej ilości towaru w określonym asortymencie. W zamian sieć zobowiązała się do umieszczania tegoż asortymentu w gazetce reklamowej rozprowadzanej wśród konsumentów. Dystrybucja gazetek, w których oprócz fotografii promowanych towarów znajdowały się również adresy sklepów włączonych do sieci, odbywała się na koszt hurtowni. Hermes ustosunkowując się do pytania Prezesa UOKiK o wynikające ze współpracy z KT ograniczenia w zakresie kooperacji z innymi kontrahentami, wyjaśnił, iż zacieśnienie współpracy ze Spółką uzależnione było od proponowanych przez Spółkę cen towarów. W początkowym okresie współpracy, z uwagi na atrakcyjne ceny oferowane przez Spółkę, Hermes dobrowolnie ograniczał kooperację z innymi podmiotami, a następnie przystąpił do ww. sieci „Jawa”. Późniejszy wzrost cen spowodował jednak konieczność poszukiwania alternatywnych źródeł dostawy. Spadek zakupów dokonywanych od Spółki poskutkowało pojawieniem się ze strony Spółki nacisków na ograniczenie kooperacji z innymi podmiotami. W efekcie tych działań doszło do wystąpienia części hurtowni z sieci „Jawa” i całkowitego zerwania ich kontaktów handlowych ze Spółką (pismo Hermes z dnia 27 kwietnia 2005 r.).

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika do decyzji]

Z wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez pozostałych przedsiębiorców współpracujących z KT nie wynika, aby kiedykolwiek łączyły ich ze Spółką umowy obligujące którąkolwiek ze stron do wyłącznej współpracy handlowej (pismo Edmar z dnia 29 kwietnia 2005 r., pisma Mydlarz z dnia 29 kwietnia 2005 r. i 23 maja 2005 r., pismo Redom z dnia 25 kwietnia 2005 r.).

W związku z tym, że Wnioskodawca zarzucił Spółce, iż ta, poprzez faktyczne uzależnienie funkcjonalne i ekonomiczne, doprowadziła do przejęcia podmiotów takich jak Kolex, Domar, Vena oraz COL-ART, Prezes Urzędu w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego podjął odpowiednie działania celem ustalenia, czy podmioty te rzeczywiście zostały przejęte przez Spółkę oraz wyjaśnienia okoliczności towarzyszącym tym przejęciom.

W odniesieniu do pierwszego z wymienionych, Prezes UOKiK ustalił, iż KT nie dokonał nad nim przejęcia kontroli. Kolex zajmuje się hurtową i detaliczną sprzedażą artykułów chemiczno – kosmetycznych, środków czystości oraz artykułów gospodarstwa domowego. Podmiot ten nie utrzymuje jednak ani też nie utrzymywał żadnych kontaktów handlowych z KT. Z informacji uzyskanych przez Prezesa Urzędu wynika, iż Spółka próbowała nawiązać współpracę z Kolex, ale do wzajemnej kooperacji handlowej nigdy nie doszło (pismo Kolex plus z dnia 5 maja 2005 r.).

Podmiot określony przez Wnioskodawcę jako „Domar w Warszawie” zakończył swoją działalność kilka lat temu. Z uwagi na powyższe, nie było możliwości pełnej weryfikacji twierdzeń stawianych przez Wnioskodawcę. Prezes Urzędu ustalił jednak, że dawne miejsce prowadzenia działalności przez Domar nie jest miejscem prowadzenia działalności przez KT. Spółka deklaruje, że nigdy nie prowadziła z Domar jakiegokolwiek formy współpracy.

W odniesieniu do trzeciego ze wskazanych przez Wnioskodawcę podmiotów, Prezes Urzędu ustalił, iż *[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika do decyzji]*. Spółka poinformowała, że przed podpisaniem z Veną ww. umów nie łączyły jej z tym podmiotem żadne kontakty handlowe (pismo KT z dnia 4 stycznia 2005 r.).

KT oraz należący do jej grupy kapitałowej KH dokonały również szeregu transakcji z COL-ART. *[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika do decyzji]*. Również w tym przypadku Spółka wskazała, że przed podpisaniem ww. umów nie łączyła jej z COL-ART jakakolwiek współpraca handlowa (pismo KT z dnia 4 stycznia 2005 r.).

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu zwrócił się także do przedsiębiorców, których Wnioskodawca wskazał jako podmioty, które Spółka próbuje przejąć przy zastosowaniu wskazanego we wniosku mechanizmu działania, o przekazanie informacji, które pozwoliłyby zweryfikować twierdzenia Wnioskodawcy. Jako podmioty, które potencjalnie mają zostać przejęte przez KT Wnioskodawca wskazał: Farex, Edmar, Mydlarz, Renomę, Redom, Hermes, Chemix.

Przedmiotem badania było w szczególności ustalenie, czy podmioty te współpracują bądź kiedykolwiek współpracowały z KT, czy prowadzona współpraca ze Spółką wiąże się lub wiązała się dla nich z koniecznością ograniczenia kooperacji z innymi kontrahentami oraz czy Spółka lub inny podmiot należący do jej grupy kapitałowej proponowały kiedykolwiek tym przedsiębiorcom zawarcie umowy, na mocy której Spółka przejęłaby część lub całość majątku tego przedsiębiorcy.

Z ustaleń poczynionych przez Prezesa Urzędu wynika, iż z Farex Spółka współpracuje od początku lat 90-tych. W marcu 2004 r. po nabyciu części majątku „COL-ART” KT zaproponował Farex utworzenie spółki z o.o., w której kapitale zakładowym Farex posiadać miał 50% udziałów. Rozmowy trwały kilka tygodni, nie doprowadziły jednak do stworzenia wspólnego podmiotu z uwagi na brak aprobaty ze strony Farex (pismo Farex z dnia 29 kwietnia 2005 r.).

Również Edmar współpracuje z KT. Warunki współpracy nie zostały ustalone pisemnie. KT nigdy nie występował względem Edmar z propozycją zacieśnienia współpracy bądź zawarcia umowy, na mocy której Spółka mogłaby przejąć część lub całość majątku jego przedsiębiorstwa. Edmar wskazał, że współpraca z KT nie wiązała się i nie wiąże

z koniecznością ograniczenia kooperacji z innymi kontrahentami (pismo Edmar z dnia 29 kwietnia 2005 r.).

Mydlarz współpracował z KT w okresie od 1992 r. do jesieni 2004 r. Strony nie zawarły umowy w formie pisemnej. Warunki zakupu były uzgadniane telefonicznie. Współpraca pomiędzy spółkami została zakończona, gdyż KT uznał ją za nieopłacalną z powodu opóźnień Mydlarz w płatnościach. Mydlarz podniósł, iż współpraca ze Spółką wiązała się z pewnymi ograniczeniami we współpracy z innymi firmami. Jak następnie sprecyzował, ograniczenia te narzucane były nie przez spółkę KT, ale przez producentów, którzy nakładali na Mydlarz obowiązek zrealizowania określonego miesięcznego planu zakupów, wskazując pośrednika, od którego mają być nabywane towary (owym pośrednikiem był KT). W zamian za współpracę na takich warunkach spółka Mydlarz otrzymywała bonusy pieniężne. Z wyjaśnień złożonych przez Mydlarz wynika, iż KT złożył spółce ustną propozycję jej przejęcia, na co jednak nie wyrażono zgody. W toku współpracy pomiędzy spółkami kilkakrotnie pojawiły się propozycje KT co do dalszych zasad kooperacji, ale z uwagi na brak aprobaty ze strony Mydlarz, nigdy nie doszło do konkretnych ustaleń (pisma Mydlarz z dnia 29 kwietnia 2005 r. oraz z dnia 23 maja 2005 r.).

Z wyjaśnień przekazanych przez KT wynika, iż Renoma prowadziła współpracę handlową ze Spółką, jednakże w dniu 31 grudnia 2002 r. zarówno majątek trwały, jak i majątek obrotowy Renomy uległ zniszczeniu (pożar). Ostatecznie współpracę tę zakończono w marcu 2003 r. (pismo KT z dnia 25 kwietnia 2005 r.).

Redom współpracuje ze spółką KT od 2000 r. Nie posiada pisemnej umowy regulującej zasady współpracy ze Spółką. Zasady kooperacji między spółkami uwzględniają bieżące potrzeby hurtowni na zakup towarów chemii gospodarczej i kosmetyki. Współpraca z KT nigdy nie ograniczała kooperacji Redom z innymi kontrahentami. KT nigdy nie występował z propozycją utworzenia wspólnej sieci dystrybucyjnej, ani też nie proponował zawarcia umowy przejęcia części bądź całości majątku spółki Redom (pismo Redom z dnia 25 kwietnia 2005 r.).

Wnioskodawca wezwany do przekazania adresu przedsiębiorcy określonego przez niego jako „Chemix w Garwolinie”, wskazał, iż prawdopodobnie chodzi o Hermes - Helena Chojnowska w Wołominie. W toku postępowania ustalono, że Hermes współpracuje z KT niemal od początku prowadzenia działalności gospodarczej, tj. od roku 1992. W ramach prowadzonej kooperacji Hermes w 1997 r. zacieśnił współpracę ze Spółką przystępując do tworzonej sieci dystrybucyjnej „Jawa” (patrz str. 6 decyzji). Hermes nie wskazał, ażeby KT kiedykolwiek występował względem niego z propozycją zawarcia umowy, na mocy której Spółka przejęłaby część lub całość majątku jego przedsiębiorstwa, poinformował jedynie, że pomiędzy Hermes a Spółką istnieje umowa wekslowa pozwalająca na przejęcie jego majątku w przypadku uchylania się od płatności (pismo Hermes z dnia 27 kwietnia 2005 r.).

Mając na względzie mechanizm działania, jaki - w ocenie Wnioskodawcy - Spółka wykorzystuje w celu przejęcia kontroli nad innymi uczestnikami rynku, Prezes Urzędu uznał również za zasadne ustalenie długości akceptowanych przez Spółkę terminów płatności za zakupione towary.

W ocenie Spółki, udzielane przez nią odroczone terminy płatności (7, 14, 21 i 60 dni) nie odbiegają długością od standardowych terminów udzielanych w obrocie gospodarczym. Tym samym terminy te nie stanowią dla klientów na tyle atrakcyjnego warunku umowy, aby mógł on wywierać wpływ na wybór przez klienta jej oferty lub w jakikolwiek sposób mógł przywiązywać do niej klientów.

Farex wskazał, iż na początku współpracy termin płatności wynosił 14 dni, z czasem został wydłużony do 21 dni. Na zakup 5-10% wybranego towaru Farex otrzymuje termin

płatności od 28 do 50 dni. Optymalnym dla niego terminem płatności byłby termin 28-dniowy, gdyż pokrywałby się z terminem płatności akceptowanym przez Farex względem jego odbiorców (pismo Farex z dnia 29 kwietnia 2005 r.).

Mydlarz poinformował, że stosowane względem niej przez Spółkę terminy płatności były podobne do udzielanych przez inne podmioty. Na przestrzeni lat współpracy terminy te ulegały sukcesywnemu wydłużeniu. W ostatnim okresie współpracy był to termin 30-dniowy. W przypadku opóźnień w płatnościach, działania KT polegały na monitach telefonicznych, monitach pisemnych, aż do wstrzymania dostaw (pisma Mydlarz z dnia 29 kwietnia 2005 r. i 23 maja 2005 r.).

Odroczone terminy płatności stosowane przez Spółkę względem Redom oscylowały w granicach 14, 30 i 45 dni od dnia sprzedaży. W ocenie Redom, terminy te są standardowymi terminami udzielanymi przez inne podmioty obecne na rynku. W sytuacji opóźniania się spółki Redom w regulowaniu należności, KT doliczał do cen zakupu towaru narzut w wysokości od 0,5% do 2% (pismo Redom z dnia 25 kwietnia 2005 r.).

Terminem płatności najczęściej stosowanym przez Spółkę względem Hermes był termin 14-dniowy. Na niewielką ilość zakupów Hermes otrzymywał 21-dniowy termin płatności. Zdaniem Hermes stosowane względem niego terminy płatności są zbyt krótkie. W przypadku opóźnień w realizacji płatności Spółka stosowała system ograniczania należnych rabatów i doliczania narzutów – w wysokości uzależnionej od długości opóźnienia (0,5%, 1%, 1,5%, 2%), aż do wstrzymania dostaw (pismo Hermes z dnia 27 kwietnia 2005 r.).

Również w ocenie Edmar, akceptowane przez KT względem niego terminy płatności za pobrany towar (21 i 28 dni) są zbliżone do terminów udzielanych przez inne podmioty obecne na rynku (pismo Edmar z dnia 29 kwietnia 2005 r.).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

We wniosku o wszczęcie przeciwko KT postępowania antymonopolowego Ama postawiła Spółce dwa zarzuty.

Pierwszy z zarzutów dotyczy naruszania przez KT art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez podejmowanie działań ograniczających na obszarze województwa mazowieckiego dostęp do hurtowego i podhurtowego tradycyjnego rynku sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej poprzez zawieranie z innymi podmiotami działającymi na wskazanym powyżej rynku właściwym porozumień ograniczających spółce AMA S.A. w Warszawie możliwość konkurencyjnej sprzedaży hurtowej produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej.

Drugi z zarzutów sformułowanych przez Amę dotyczy nadużywania przez KT pozycji dominującej polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy), poprzez podejmowanie działań mających na celu umacnianie na rynku właściwym pozycji dominującej poprzez przejmowanie lub kontrolowanie innych podmiotów działających na tym rynku.

Jak podkreślił Wnioskodawca oba zarzuty są ze sobą zespolone. Wskazana kwalifikacja prawna odzwierciedla bowiem dwa etapy stosowanego przez Spółkę mechanizmu działania. Według Amy, KT zawiera z danym podmiotem „porozumienie monopolistyczne”, w konsekwencji którego przedsiębiorca ten nie ma możliwości współpracy z innymi uczestnikami rynku. Podmiotom objętym porozumieniem oferowana jest możliwość zaciągania korzystnego kredytu kupieckiego i w sposób nieformalny akceptowane jest opóźnianie w spłacie zadłużenia. W ten sposób następuje całkowite uzależnienie finansowe oraz funkcjonalne od Spółki. Następnie Spółka żąda natychmiastowej spłaty wymagalnego zadłużenia lub – jako wyjście alternatywne – zgody na przejęcie podmiotu z możliwością pozostawienia dotychczasowego właściciela jako osoby zarządzającej.

Informacje zgromadzone przez Prezesa Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego nie potwierdziły tezy Wnioskodawcy o stosowaniu przez Spółkę powyższego schematu działania. Nie stwierdzono, ażeby KT dokonał przejęcia Kolex oraz Domar. W stosunku do Vena i COL-ART nie ustalono natomiast, ażeby przed przejęciem tych podmiotów Spółka prowadziła z nimi współpracę handlową. Powyższe wyklucza możliwość uznania, że Spółka poprzez funkcjonalne i ekonomiczne uzależnienie tych podmiotów doprowadziła do ich tzw. wrogiego przejęcia.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie można również *a priori* przyjąć, iż Spółka zmierza do zastosowania wskazanego przez Wnioskodawcę mechanizmu „przejęcia” względem innych podmiotów, z którymi pozostaje w stosunkach handlowych. Przeprowadzona analiza wyjaśnień złożonych przez te podmioty w toku postępowania wyjaśniającego nie wykazała, ażeby co do zasady współpraca ze Spółką wiązała się dla tych przedsiębiorców z koniecznością ograniczenia kooperacji z innymi kontrahentami.

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika do decyzji].

W toku postępowania Prezes Urzędu zwrócił się o informacje o warunkach współpracy nawiązywanej ze Spółką do sześciu podmiotów wskazanych przez Wnioskodawcę jako te, względem których Spółka próbuje zastosować opisany mechanizm działania w celu dokonania tzw. wrogiego przejęcia. Tylko dwóch z nich poinformowało o zacieśnieniu współpracy ze Spółką celem utworzenia wspólnej sieci dystrybucji: *[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika do decyzji]* oraz Hermes, który przystąpił do sieci handlowej „Jawa” w 1997 r. Podmioty te nadal współpracują ze Spółką, jednakże ich kontakty handlowe uległy rozluźnieniu.

Farex poinformował, że Spółka jest dostawcą ok. 60-80% nabywanego przez niego asortymentu, Hermes natomiast, że część jego hurtowni w związku z brakiem zainteresowania prowadzenia dalszej współpracy ze Spółką wystąpiła z sieci, zrywając dotychczasowe kontakty handlowe. Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, iż przedsiębiorcy współpracujący ze Spółką nie są, nawet w sytuacji znacznego zacieśnienia współpracy w ramach stworzonej sieci dystrybucyjnej, pozbawieni możliwości podjęcia suwerennych decyzji dotyczących prowadzonej działalności.

Wyjaśnienia złożone w toku postępowania przez kontrahentów Spółki wskazują ponadto, iż podmioty te świadomie dążą do zwiększania wymiany handlowej ze Spółką w celu uzyskania wyższych rabatów na nabywany towar. W ocenie Prezesa Urzędu, nie można również przyjąć, iż KT poprzez akceptowanie opóźnień kontrahentów w spłacie zadłużenia dąży do finansowego i funkcjonalnego uzależnienia ich od siebie. Odbiorcy Spółki – w świetle zarzutów Ama będący potencjalnymi poszkodowanymi przez KT wskazywali, że stosowane względem nich terminy płatności nie odbiegają od standardowych terminów stosowanych przez inne podmioty obecne na rynku (Redom, Edmar). Część odbiorców podniosła natomiast, iż – w ich ocenie – odroczone terminy płatności akceptowane przez KT są zbyt krótkie (Hermes, Farex). Kontrahenci Spółki wskazali jednocześnie na działania, jakie KT podejmuje w przypadku przekroczenia przez nich udzielonych terminów płatności. Z przekazanych wyjaśnień nie wynika zatem, ażeby Spółka w sposób nieformalny akceptowała opóźnienia w spłacie należności. Wręcz przeciwnie, w przypadku przekroczenia terminu zapłaty występuje ona względem odbiorców z telefonicznymi i pisemnymi ponagleniami, a w przypadku ich bezskuteczności dokonuje wstrzymania dostaw. Mydlarz wskazał, że jej współpraca z KT „została zakończona, gdyż firma Komplex-Torus uznała ją za nieopłacalną z powodu opóźnień w płatnościach”.

Brak jest zatem podstaw, by przyjąć, iż Spółka poprzez takie właśnie zachowania dąży do ekonomicznego uzależniania od siebie swoich kontrahentów, by następnie dokonać tzw. wrogiego przejęcia.

W tym miejscu należy podkreślić, że zarówno we wniosku o wszczęcie postępowania, jak i w pismach kierowanych w jego uzupełnieniu Ama oparła się całkowicie na jej podejrzeniach odnośnie działań stosowanych przez Spółkę. Jak wskazano powyżej, podejrzenia te jednak zarówno względem przejęć – w ocenie Amy – już dokonanych, jak i względem przejęć, które miały się dopiero dokonać nie znalazły potwierdzenia w materiale zebranym przez Prezesa Urzędu. Tym samym tezę Wnioskodawcy o stosowaniu przez Spółkę przypisywanego jej mechanizmu działania służącego przejmowaniu kontroli nad innymi uczestnikami rynku uznać należy za nieuzasadnioną.

Pierwszy z zarzutów sformułowanych przez Wnioskodawcę dotyczy naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie ze wskazanym uregulowaniem, praktykę ograniczającą konkurencję stanowi porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Wnioskodawca wskazał, iż Spółka wykorzystując posiadaną siłę rynkową zawiera z innymi uczestnikami rynku porozumienia mające na celu eliminację lub istotne ograniczenie ich współpracy z podmiotami zajmującymi się działalnością konkurencyjną, w tym z Wnioskodawcą. Zdaniem Ama, nie ulega wątpliwości, że takie działania powodują osłabienie mechanizmów zdrowej konkurencji, uniemożliwiając w długim okresie podmiotom objętym porozumieniem podjęcie współpracy z innym partnerem na niekiedy znacznie korzystniejszych ekonomicznie warunkach.

Istotą praktyki, o której mowa w 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest dążenie do zachowania *status quo* w zakresie podmiotów działających na danym rynku bądź też do zredukowania liczby przedsiębiorców prowadzących działalność na tym rynku. W pierwszym przypadku praktyka ta prowadzić może do powstania barier wejścia na dany rynek, skutkując utrudnieniem bądź wyłączeniem możliwości rozwoju konkurencji na tym rynku; w drugim - zmierza ona do ograniczenia panującej na danym rynku konkurencji przez usunięcie z niego innych przedsiębiorców. Praktyka ta może obejmować zarówno porozumienia poziome (między konkurentami), jak i pionowe (między uczestnikami różnych szczebli obrotu).

Wnioskodawca nie sprecyzował, czy porozumienia zawierane przez Spółkę z innymi uczestnikami rynku miałyby mieć charakter porozumień poziomych, czyli zawieranych przez Spółkę z jej konkurentami na rynku, czy też charakter porozumień pionowych, tj. zawieranych z podmiotami działającymi na innych niż ona szczeblach obrotu. Wskazał bowiem, iż z uwagi na specyfikę rynku, na którym działa Spółka, nie sposób ustalić, czy podmioty zawierające z nią porozumienie są względem niej konkurentami czy też kontrahentami. W świetle przedstawionego przez Amę mechanizmu działania Spółki, zdaniem Prezesa Urzędu, należy jednak przyjąć, iż zarzut postawiony przez Wnioskodawcę dotyczy zawierania przez Spółkę porozumień pionowych. Istotą wskazanego przez Amę porozumienia jest bowiem ograniczenie swobody dokonywania zakupów przez podmiot będący odbiorcą Spółki. Stosownie do informacji przedstawionych przez Wnioskodawcę, Spółka poprzez uniemożliwienie swojemu odbiorcy dokonywania zakupów od innych podmiotów zajmujących się hurtową sprzedażą produktów kosmetycznych i chemii gospodarczej, prowadzi do funkcjonalnego uzależnienia tego odbiorcy od siebie, co następnie wykorzystuje w celu zastosowania odpowiednich mechanizmów pozwalających jej na dokonanie wrogiego przejęcia tego podmiotu.

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8 załącznika do decyzji]

Porozumienia dystrybucyjne zawierane są przez producentów, importerów bądź głównych dostawców w celu usprawnienia drogi towarów do odbiorców. Naturalną konsekwencją utworzeniu sieci dystrybucyjnej jest ustanowienie pewnego ograniczenia dla podmiotów znajdujących się poza nią. W doktrynie powszechnie podnosi się jednak, że samo stworzenie takiej sieci nie stanowi wystarczającej przesłanki uznania, że mamy do czynienia z dopuszczeniem się praktyki zakazanej przez ustawę antymonopolową. Utworzenie własnej sieci dystrybucyjnej ze względu na stworzenie stałych relacji handlowych między uczestnikami rynku może ograniczać dostęp do tego rynku innym dostawcom substytucyjnych towarów, równocześnie jednak porozumienia takie dają korzyści ogólnogospodarcze i mikroekonomiczne, pozwalają bowiem na racjonalizację działań gospodarczych, umożliwiają producentom skupienie się na działalności wytwórczej, poprawie jakości towarów, reagowaniu na zmiany gustów konsumentów oraz zapewnianiu równomiernych dostaw na obszarze ich działalności (E. Modzelewska – Wąchał „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Warszawa 2002, str. 69).

Z tej przyczyny jako naruszające ustawę traktuje się jedynie takie porozumienia, na mocy których jest tworzona sieć, która w znacznym stopniu (lub całkowicie) zamyka dostęp do rynku innym jego uczestnikom (stojących poza siecią), gdyż taka sytuacja stanowiłaby zagrożenie dla konkurencji. Tym samym ocena, czy umowy zawarte przez Spółkę ze wskazanymi powyżej podmiotami wypełniają znamiona praktyki, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, musi zostać dokonana z uwzględnieniem siły oddziaływania tego porozumienia na pozostałych uczestników rynku.

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 9 załącznika do decyzji]

Dokonując oceny zarzutu naruszania przez Spółkę art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazać należy, że określony w tym przepisie zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie ma charakteru bezwzględny. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć spod zakazu, o którym mowa w art. 5, porozumienia, które przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających stąd korzyści i które:

- 1) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 2) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Jak wskazano powyżej zarzut postawiony przez Wnioskodawcę dotyczy zawierania porozumień pionowych (wertykalnych). W odniesieniu to tego typu porozumień zastosowanie znajduje, wydane na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.). Rozporządzenie to określa warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby porozumienia wertykalne zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy, jak również klauzule, których występowanie w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5 ustawy (tzw. klauzule dozwolone) oraz klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 5 ustawy (tzw. klauzule niedozwolone).

Zarzucane Spółce porozumienia stanowią - stosownie do definicji zawartej w § 2 ust. 2 tego rozporządzenia - porozumienia zobowiązujące do wyłącznego zakupu tj. pośrednio lub bezpośrednio zobowiązujące nabywcę do kupowania towarów objętych porozumieniem wyłącznie od jednego dostawcy. Zobowiązania wyłącznego zakupu nie są przez ustawodawcę

traktowane w sposób restrykcyjny. Przepis § 3 ww. rozporządzenia stanowi bowiem, że wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję podlegają w szczególności porozumienia zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu. Warunkiem koniecznym wyłączenia takich porozumień spod zakazu określonego w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest stwierdzenie zaistnienia przesłanek określonych w § 5 tego rozporządzenia, tj. ustalenie, że udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, na rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%.

Prezes Urzędu uznał, iż w niniejszej sprawie można odejść od rozważenia, czy zostały spełnione, określone w ww. rozporządzeniu, przesłanki do wyłączenia porozumienia spod zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy. Z ustalonego w sprawie stanu faktycznego wynika bowiem, że Spółka na wysoce konkurencyjnym rynku hurtowej i podhurtowej sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej *de facto* realizuje [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 10 załącznika do decyzji].

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego trudno nawet dowieść, że Spółka podjęła się stworzenia systemu dystrybucji opartego na zasadzie wyłącznej współpracy. Klauzula wyłączeniowa zawarta w umowach z kontrahentami, której Wnioskodawca stawia zarzut ograniczenia konkurencji ma charakter okazjonalny – jest stosowana w zakresie uniemożliwiającym wnioskowanie, że w ten sposób Spółka chce nieuczciwie kształtować konkurencję na rynku. W ocenie Prezesa Urzędu, nie można zatem uznać, że działanie to ogranicza konkurencję na rynku właściwym. Wykluczenie możliwości przypisania temu porozumieniu charakteru antykonkurencyjnego wskazuje natomiast na bezzasadność dokonywania szczegółowej analizy tej umowy w kontekście „przesłanek wyłączających” określonych w ww. rozporządzeniu.

Z uwagi na powyżej przedstawione argumenty, w ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowej sprawie brak jest przesłanek do postawienia Spółce zarzutu naruszania art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Drugi z zarzutów sformułowanych przez Amę dotyczy naruszania przez Spółkę art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Praktyka z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma przede wszystkim charakter antykonkurencyjny, dobrem chronionym na podstawie tego przepisu jest konkurencja jako taka. Praktyka ta może jednakże wywierać i zwykle wywiera negatywne skutki dla innych uczestników rynku, pozbawionych możliwości uczestnictwa w obrocie w zakresie i na warunkach, jakie byłyby dla nich dostępne, gdyby praktyka nie była stosowana. Skutki te nie mieszczą się jednak w hipotezie przepisu, wobec czego w celu udowodnienia tej praktyki wymagane jest przeprowadzenie dowodu na okoliczność skutków praktyki dla konkurencji.

Aby oceniać zachowanie przedsiębiorcy przez pryzmat art. 8 ustawy należy wykazać, iż na rynku właściwym posiada on pozycję dominującą. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ww. ustawy, przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, przy czym ustawa wprowadza domniemanie, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Punktem wyjścia przy rozpatrywaniu posiadania przez danego przedsiębiorcę pozycji dominującej, jest zatem ustalenie rynku właściwego.

We wniosku Ama wskazała na rynek hurtowej i podhurtowej sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej na terenie województwa mazowieckiego. Prezes Urzędu zasadniczo przychyła się do przedstawionej przez Wnioskodawcę definicji rynku właściwego w przedmiotowej sprawie. Taką definicję rynku właściwego potwierdza m.in. analiza dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego², w których dokonywano oceny działalności podmiotów związanych z rynkiem zbliżonym do aktualnie ocenianego, a mianowicie regionalnym rynkiem handlu hurtowego artykułami konsumpcyjnego codziennego użytku (artykuły konsumpcyjne codziennego użytku to tzw. „koszyk artykułów spożywczych oraz innych artykułów codziennego użytku”, na który składa się żywność, artykuły chemiczne, alkohol, tytoń).

Również teza Wnioskodawcy o konieczności wyodrębnienia tradycyjnego rynku sprzedaży znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Komisji Europejskiej, która oddziela rynek klasycznej sprzedaży hurtowej od rynku sprzedaży cash & carry. Ustalenia Komisji wskazują, iż placówki handlowe dla sprzedaży typu cash & carry mają szerszy asortyment niż zwykła hurtownia. Ich cechą charakterystyczną jest to, że klientami są z reguły mali przedsiębiorcy, którzy nie mają gwarancji kredytowych, nie mogą przewidzieć w dłuższym okresie czasu, wielkości ani rodzaju zapotrzebowania na towary i dlatego preferują częstsze zakupy mniejszych ilości towarów, najczęściej dysponują własnym transportem, a za towar płaça gotówką. W ocenie Komisji, klasyczna sprzedaż hurtowa i systemy typu cash & carry nie są substytutami, ale stanowią usługi wzajemnie się uzupełniające³.

Odnosząc się natomiast do poglądu Wnioskodawcy, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z rynkiem regionalnym, należy wskazać, iż z orzecznictwa Prezesa Urzędu⁴ wynika, że w sprawach, w których za rynek właściwy w aspekcie produktowym uznano rynek hurtowej sprzedaży artykułów codziennego użytku, rynek w znaczeniu terytorialnym określono właśnie jako regionalny. Za takim ujęciem rynku przemawiały wyniki badań przeprowadzonych wśród hurtowników, którzy określali obszar prowadzonej działalności przy uwzględnieniu odległości, z jakiej przybywają do nich klienci. Dostępne Prezesowi Urzędu informacje wskazywały, iż klienci rynku hurtowej sprzedaży artykułów codziennego użytku jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego są w stanie dokonywać zakupów na relatywnie rozległym terenie, jednakże najczęściej dokonują oni zakupów w obrębie jednego regionu.

Przyjmując zasadność zdefiniowania rynku właściwego w niniejszej sprawie jako rynku hurtowej i podhurtowej sprzedaży artykułów kosmetycznych i chemii gospodarczej na terenie województwa mazowieckiego, należy wskazać, że określenie udziału KT na rynku właściwym nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Wnioskodawca wskazał bowiem, że nadużywanie przez Spółkę pozycji dominującej na rynku przybiera postać praktyki, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy i realizuje się poprzez umacnianie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przejmowanie lub kontrolowanie innych podmiotów gospodarczych. Dokonując oceny zarzutu postawionego przez Amę, w pierwszym rzędzie należy zatem wskazać, że zarzuty podniesione przez Wnioskodawcę dotyczące samego przejmowania lub kontrolowania przez Spółkę innych podmiotów okazały się bezzasadne. Ani Wnioskodawca nie uprawdopodobnił faktu stosowania przez Spółkę przypisywanego jej mechanizmu działania zmierzającego na przejmowaniu innych podmiotów, ani czynności wyjaśniające nie dostarczyły podstaw do przedstawienia Spółce takiego zarzutu.

² Por. decyzja Prezesa Urzędu z dnia 13 sierpnia 2004 r. sygn. RWA – 23/2004.

³ Por. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 20 listopada 1996 r. w sprawie *Kesko/Tuko*, sygn. IV/M. 784.

⁴ Por. decyzja Prezesa Urzędu z dnia 13 sierpnia 2004 r., sygn. RWA – 23/2004.

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 11 załącznika do decyzji]

Dla stwierdzenia, iż Spółka rzeczywiście przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez przejmowanie innych podmiotów gospodarczych obecnych na rynku właściwym koniecznym byłoby co najmniej wykazanie, że działanie Spółki polegające na przejmowaniu innych uczestników rynku jest jej działaniem powszechnym, niejako wpisanym w politykę prowadzonej działalności gospodarczej, a nie tylko zdarzeniem wyjątkowo występującym w toku jej działalności. Przesądzenie, iż w niniejszej sprawie nie dochodzi do działań, jakie Wnioskodawca wskazał jako uzasadnienie do postawionego Spółce zarzutu naruszania art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy, uczyniło bezcelowym podejmowanie czynności mających na celu ustalenie pozycji rynkowej Spółki. Nawet bowiem w sytuacji ustalenia jej pozycji dominującej na rynku właściwym, brak byłoby podstaw do postawienia jej zarzutu nadużywania tej pozycji poprzez podejmowanie działań, jakie wskazał Wnioskodawca.

Należy ponadto wyjaśnić, że samo działanie polegające na przejmowaniu innych podmiotów działających na rynku nie ma charakteru zabronionego przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. Stwierdzenie takiej okoliczności nie uprawnia zatem do postawienia Spółce zarzutu naruszenia ww. ustawy. Prezes Urzędu kontroluje przeprowadzane przez przedsiębiorców operacje strukturalne tylko wtedy, gdy mogą one skutkować istotnym ograniczeniem konkurencji na rynku. Stąd też Prezes Urzędu posiada kognicję w zakresie kontroli koncentracji jedynie wówczas, gdy spełnione zostaną przesłanki ustawowe, a w szczególności, stosownie do brzmienia art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 mln euro.

Uwzględniając powyżej wskazane okoliczności, w ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowej sprawie brak jest przesłanek do postawienia Spółce zarzutu naruszania art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, odmówić wszczęcia postępowania antymonopolowego, jeżeli w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i 7 lub zakazu określonego w art. 8.

Mając na uwadze, iż w toku postępowania wyjaśniającego nie uzyskano dowodów potwierdzających zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 lub art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy, a na podstawie informacji zawartych we wniosku oraz posiadanych przez organ antymonopolowy brak jest podstaw do postawienia takiego zarzutu, orzeczono jak w sentencji i odmówiono wszczęcia postępowania antymonopolowego.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie.

Otrzymuje:

Przedsiębiorstwo Handlowe AMA S.A.
ul. Matuszewska 14 bud. 11
03-876 Warszawa