

**URZĄD OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**
DELEGATURA W m. st. WARSZAWIE

Pl. Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa 1, P - 36
Tel. (0-22) 826-89-54, Fax (0-22) 826-89-54
E-mail: warszawa@uokik.gov.pl

RWA-54/S/1/357/99/DM

Warszawa, dn. 29 maja 2000 r.

DECYZJA nr RWA - 12/2000

Na podstawie art. 104 k.p.a. w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz. U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 z późn. zm.) po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego na wniosek firmy
z z siedzibą we Wrocławiu, reprezentowanej przez
odmawia się uwzględnienia żądania strony w przedmiocie stwierdzenia i nakazania zaniechania zarzucanej spółce Duży Dom Dystrybucyjny Sp. z o. o. w Warszawie praktyki monopolistycznej polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku dystrybucji fonogramów poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących ww. spółce nieuzasadnione korzyści na skutek uniemożliwiania składającym zamówienia kontroli dostarczanych przesyłek pod względem asortymentowym, przy jednoczesnym utrudnianiu dochodzenia roszczeń reklamacyjnych z tego tytułu.

UZASADNIENIE

W dniu 8 kwietnia 1999 r. wpłynął do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej: Urzędem) wniosek firmy
z siedzibą we Wrocławiu, reprezentowanej przez (zwanej dalej: Wnioskodawcą) w sprawie nakazania zaniechania spółce Duży Dom Dystrybucyjny Sp. z o. o. w Warszawie (zwanej dalej: DDD) stosowania praktyk monopolistycznych.

Wnioskodawca we wniosku zwrócił uwagę na fakt posiadania przez DDD pozycji monopolistycznej na rynku dostaw fonogramów takich firm, jak: Sony Music, Polygram, Pomaton, Music Corner, Snake, EMI i innych. Wskazał, iż dzięki swej pozycji DDD narzuca uciążliwe warunki regulaminu odbioru rozprowadzanych przez siebie fonogramów, uniemożliwiając odbiorcy przesyłki sprawdzenie jej zawartości pod względem asortymentowym, dopuszczając jedynie możliwość kontroli ilościowej (przeliczenia towaru w czasie jego odbioru, w obecności kuriera). Ponadto lekceważy klientów, przesyłając towar wadliwy, bądź niezgodny z zamówieniem, utrudniając równocześnie drogę reklamacji. Wnioskodawca podkreślił, iż ww. praktyki stały się przyczyną zawieszenia prowadzonej przez niego działalności handlowej.

Dla potwierdzenia informacji zawartych we wniosku, w jego uzupełnieniu, Wnioskodawca przedstawił zapisy regulaminu odbioru towaru, kształtującego zasady dostarczania i odbierania przesyłek nadawanych przez DDD oraz kopie pism, stanowiących korespondencję pomiędzy Wnioskodawcą a DDD.

Odpowiadając na przedmiotowy wniosek DDD uznał zarzuty Wnioskodawcy za nieuzasadnione (pismo z dnia 21 czerwca 1999 r.). W opinii DDD zasady zawarte w regulaminie odbioru towaru nie są krzywdzące dla klientów, jak również nie naruszają obowiązującego prawa.

Każdy przedsiębiorca zajmujący się dystrybucją towarów na dużą skalę musi stworzyć jednolite zasady regulujące kwestie odbioru towarów przez klientów, zwłaszcza w sytuacjach, gdy towary nie są bezpośrednio odbierane przez klienta lub dostarczane do niego przez takiego przedsiębiorcę, lecz doręczane są za pośrednictwem osoby trzeciej, którą w przypadku DDD jest firma kurierska -

Sp. z o. o.

Zasada dotycząca zakazu kwestionowania zawartości paczek dostarczonych klientom w chwili dostawy wynika z tego, iż kurier odbiera paczki z DDD nie znając ich zawartości, a jedynie ilość fonogramów znajdujących się w takiej paczce. Ponadto kurier doręczający przesyłkę nie jest uprawniony (jako wyłącznie świadczący usługę spedycji) do podejmowania decyzji reklamacyjnych innych niż ilościowe. W przypadku stwierdzenia naruszenia przesyłki lub braków ilościowych, klient ma prawo odmówić przyjęcia przesyłki, która na koszt DDD zostaje zabrana przez

r. Natomiast w przypadku, gdy po przejrzeniu przesyłki klient uzna, że nadesłany fonogram nie odpowiada zamówieniu przez siebie złożonemu, powinien zastosować się do procedury ujętej w regulaminie odbioru towarów tj.: telefonicznie bądź faksem zgłosić reklamację i wypełnić druk „zgłoszenia reklamacyjnego”, DDD przygotowuje wtedy „Awizo” i wysyła je do klienta, a w przypadku gdy bezpośredni kontakt jest niemożliwy „Awizo” jest przesyłane do ; przy kolejnej wizycie u klienta kurier odbiera przesyłkę wraz z wypełnionym „Zgłoszeniem reklamacyjnym” zostawiając oryginał „Awiza” jako dowód odbioru fonogramów (o ile „Awizo” nie zostało wcześniej doręczone przez DDD); w siedzibie DDD przesyłka podlega przeliczeniu w obecności kuriera, a następnie dokonuje się korekty i poprawiona przesyłka zostaje ponownie wysłana do klienta.

DDD podnosi, iż wszystkie reklamacje klientów załatwione są pozytywnie pod warunkiem umożliwienia skontaktowania się z klientem i odbioru błędnie wysłanych płyt. Niestety w przypadku Wnioskodawcy z przyczyn niezależnych zarówno od DDD, jak i od klienta nie było możliwe nawiązanie kontaktu z klientem celem odbioru płyt, a co za tym idzie zrealizowanie podstawowej przesłanki niezbędnej do przeprowadzenia dalszego postępowania reklamacyjnego. Przedstawiciele DDD oraz wrocławskiego oddziału firmy kurierskiej wielokrotnie bezskutecznie usiłowali nawiązać kontakt telefoniczny z Wnioskodawcą. Pracownik firmy kurierskiej trzykrotnie udawał się pod wskazane adresy, celem odebrania partii reklamowanych fonogramów, nie zastał jednak tam nikogo, kto mógłby wydać mu towar.

DDD poinformował ponadto, iż pomyłki przy dostawach fonogramów zdarzają się rzadko. Pojawiające się przypadki pomyłek wynikają ze skali przedsiębiorstwa. W przypadku wysyłki tysięcy tytułów w różnych formatach (CD, MC, Video, DVD), w ilościach przekraczających czasami dziesiątki tysięcy fonogramów dziennie, nie jest możliwe wyeliminowanie pomyłek przy pakowaniu fonogramów. Nie jest natomiast prawdą twierdzenie Wnioskodawcy, iż udział fonogramów uszkodzonych lub błędnie dostarczonych przez DDD kształtował się od 30% do 100%. DDD podkreślił, iż w okresie współpracy, Wnioskodawca zamówił tysiące fonogramy, z których dostarczono tylko kilka tysięcy. Z tej liczby tylko kilka procent dostarczonych nośników było uszkodzonych lub błędnie wysłanych.

Natomiast opóźnienia przy realizacji zamówień wynikają przede wszystkim z faktu uzależnienia DDD od dostaw od zagranicznych producentów nośników. W szczególności takie opóźnienia mogą występować w przypadku zamówień przez odbiorców fonogramów, na które popyt, w skali ogólnoeuropejskiej, jest niewielki. Czasami powodem opóźnień, a nawet nie wywiązania się z zamówienia, jest fakt ograniczonego (często wyczerpanego już) nakładu danego tytułu.

DDD przedstawił listę wytwórni fonograficznych, których fonogramy dystrybuje. Są nimi: Sony Music, Francis Dryfus Music, Uniwersal Music Polska, CD Acord, Magic Records, K&K Studio, Canto, Altmaster, Pomaton EMI, Górny Promotion, Folk, Agencja Folk Time, MAG Music Productions, Box Music, Music Corner. DDD podkreślał jednocześnie, iż nie jest jedynym dystrybutorem ww. wytwórni płytowych. Fonogramy tych wytwórni są dostępne u dystrybutorów w sąsiednich krajach oraz w hurtowniach na terenie całego kraju. Wśród największych podmiotów dystrybuujących fonogramy partnerów handlowych DDD wymienia firmę: Takt, MCD S.C. Saba, Catmusic, Centre Point oraz EMPiK.

Przedstawił też dane na temat swego szacunkowego udziału w rynku dystrybucji fonogramów, określonego stosunkiem liczby hologramów wydanych dla potrzeb dystrybucji DDD do ogółu wydanych hologramów. I tak w II półroczu 1998 r. udział DDD w ww. rynku wyniósł ok. 10%, natomiast w I kwartale 1999 r. – ok. 15%. Powyższy szacunek oparty został na danych, udostępnionych przez Związek Producentów Audio Video (ZPAV), dotyczących liczby wydanych przedsiębiorcom fonograficznym hologramów.

W toku postępowania wyjaśniającego DDD odniósł się ponadto do zagadnień o charakterze cywilnoprawnym regulaminu odbioru towaru (pismo z dnia 3 sierpnia 1999 r.). DDD uznał za nietrafny zarzut, jakoby zapis regulaminu w zakresie możliwości sprawdzenia sprzedanych towarów pod kątem jakościowym był niezgodny z kodeksem cywilnym i ograniczał uprawnienia kupującego. Decyduje o tym m.in. fakt, iż nośniki dostarczane są do kontrahentów za pośrednictwem osoby trzeciej tj. przewoźnika, która nie może być upoważniona do podejmowania innych decyzji w zakresie reklamacji niż ilościowe. Ponadto, zdaniem DDD, przepisy art. 544 k.c., którego § 2 zobowiązuje kupującego do zapłaty ceny dopiero po nadejściu rzeczy na miejsce przeznaczenia i po umożliwieniu mu zbadania rzeczy, mają charakter dyspozytywny i strony mogą w dowolny sposób uregulować łączące je na podstawie tego przepisu stosunki cywilnoprawne. W tym też zakresie nie można mówić o naruszeniu przez zapisy regulaminu odbioru towaru przepisów kodeksu cywilnego.

DDD uważa również, iż sposoby zabezpieczenia się przed nieuczciwymi kontrahentami, tj. stosowanie przedpłat oraz weksła in blanco nie powinny budzić kontrowersji. Weksel in blanco nie stanowi w żadnym przypadku obciążenia finansowego dla wystawcy, zaś w przypadku konieczności zaspokojenia roszczeń wierzyciela, podlega kontroli sądu zarówno w postępowaniu nakazowym, jak i zwykłym postępowaniu rozpoznawczym.

Oba sposoby zabezpieczeń wynikają z historycznych doświadczeń i przypadków podejmowania współpracy z niesolidnymi i niewiarygodnymi kontrahentami. Istotne jest również to, iż w większości wypadków zabezpieczenia te stosowane są tylko w pierwszym etapie współpracy z nowym kontrahentem.

Ustosunkowując się do wyjaśnień DDD, Wnioskodawca zgodził się z przedstawioną opinią, iż każdy przedsiębiorca musi stworzyć jednolite reguły prowadzonej działalności (pismo z dnia 20 lipca 1999 r.). Tym niemniej nie mogą one opierać się na zasadzie wyłączności oraz na lekceważeniu innych podmiotów i porządku prawnego. Na tym tle pojawia się, zdaniem Wnioskodawcy, m.in. istotna wątpliwość, dlaczego wyłącznie DDD wolno kontrolować zawartość jakościową paczki, podczas gdy klientowi pozwala się tylko na kontrolę ilościową.

W aspekcie podnoszonego przez DDD braku możliwości skontaktowania się z Wnioskodawcą, jako głównej przyczyny opóźnień w rozpatrywaniu jego reklamacji, Wnioskodawca zwrócił uwagę, iż pracownik DDD, który w dniu 23 marca 1999 r., stosownie do wcześniej przeprowadzonej rozmowy telefonicznej, winien się stawić po odbiór reklamowanej przesyłki w dniu 24 marca 1999 r. Niestety kurier nie zjawił się w umówionym terminie, a z uwagi na fakt, iż Wnioskodawca zawiesił swoją działalność, nikt w późniejszym okresie nie oczekiwał pod wskazanym adresem na zjawienie się kuriera. Wnioskodawca wskazuje ponadto, iż w tym samym czasie otrzymywał od DDD wezwania do zapłaty za wadliwy towar. Zatem skoro można było wysłać wezwanie, to zdaniem Wnioskodawcy pojawia się pytanie, dlaczego nie można było wysłać „awiza” uprawniającego do reklamacji.

Odnosząc się do - określonych w regulaminie odbioru towaru - zasad reklamacji, Wnioskodawca podkreślił, iż nie sprawdzają się one w praktyce, gdyż nie można uzyskać „awiza”, bez którego reklamacja jest nieważna. Pojawiają się przy tym problemy z telefonicznym skontaktowaniem się z pracownikami DDD. Nie udziela się też odpowiedzi na wysyланą korespondencję.

Wnioskodawca wskazał, iż współpraca z DDD trwała 2 miesiące (od 1 grudnia 1998 r. do 31 stycznia 1999 r.). O ile grudniowe przesyłki, realizowane na zasadzie przedpłaty, posiadały stosunkowo mało braków, o tyle w styczniu każda przesyłka była wadliwa. Dlatego też, w opinii Wnioskodawcy, określenie przez DDD ilości fonogramów wadliwych i błędnie przesłanych, jako ilości znikomej jest nieporozumieniem. Wnioskodawca zwraca uwagę, iż w sytuacji gdy zysk wynoszący netto około 1 na jednym fonogramie, przy ilości usterek wynoszących tylko 10% ogółu dostarczonych fonogramów (wykazanej przez DDD), cała działalność przestaje być opłacalna.

Pismem z dnia 8 września 1999 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w m.st. Warszawie zawiadomił strony o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie nakazania DDD zaniechania praktyki monopolistycznej polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących ww. spółce nieuzasadnione korzyści na skutek uniemożliwiania składającym zamówienia kontroli dostarczanych przesyłek pod względem asortymentowym, przy jednoczesnym utrudnianiu dochodzenia roszczeń reklamacyjnych z tego tytułu, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz. U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 z późn. zm.).

W odpowiedzi na ww. zawiadomienie DDD, w piśmie z dnia 4 października 1999 r., ustosunkował się do postawionego zarzutu w następujący sposób.

W opinii DDD rynkiem relewantnym w przedmiotowej sprawie jest krajowy rynek dystrybucji fonogramów (płyt kompaktowych i kaset magnetofonowych). Według DDD na tak określonym rynku spotyka się on z istotną konkurencją, a najpoważniejszymi konkurentami są: [imię], [imię] i [imię], będące wspólnym centrum dystrybucyjnym [imię] oraz hipermarkety działające w Polsce, takie jak Geant, Auchan, HIT i Real. Tym samym, stosownie do art. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej, nie można uznać, iż DDD posiada pozycję dominującą na rynku. Ponadto ustawa antymonopolowa wprowadza domniemanie prawne, iż pozycję dominującą ma przedsiębiorca, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. W oparciu o dane zbierane przez Związek Producentów Audio Video (ZPAV), na podstawie ilości hologramów wydawanych wspólnie przez ZPAV i Stowarzyszenie Autorów ZAIKS wydawnictwom fonograficznym w Polsce – udział DDD w rynku dystrybucji fonogramów w Polsce w II półroczu 1998 r. wyniósł [procent], natomiast w I kwartale 1999 r. [procent]. DDD zaznacza, iż analizując powyższe należy wziąć pod uwagę jeszcze dwa fakty. Po pierwsze część fonogramów wprowadzonych legalnie na rynek polski

nie jest oznaczona hologramami. Po drugie znaczny odsetek płyt sprzedawanych w Polsce stanowią fonogramy pirackie, wprowadzone na Polski rynek nielegalnie z naruszeniem praw autorskich, producentów i wykonawców. Oznacza to, że udział DDD w całkowitym polskim rynku fonograficznym obejmującym fonogramy legalne i nielegalne jest rzędu ... Mając powyższe na uwadze DDD stoi na stanowisku, iż jego pozycja na ww. rynku, nie ma charakteru pozycji dominującej. Bezzasadnym jest więc zarzut nadużywania przez DDD pozycji dominującej na rynku.

Uznając, iż powyższe wyjaśnienia w pełni uzasadniają brak podstaw do postawienia zarzutu stosowania praktyk monopolistycznych, DDD z ostrożności odniósł się także do sprzeczowanego zarzutu narzucania uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści, a więc zarzutu stosowania praktyki monopolistycznej określonej w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej. DDD podkreśla, iż z ww. praktyką mamy do czynienia tylko wtedy, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki: warunki umowy mają charakter uciążliwy, narzucanie tych warunków przez podmiot dominujący kontrahentowi oraz osiąganie przez niego nieuzasadnionych korzyści. Tymczasem, w opinii DDD, żadna z ww. przesłanek nie jest spełniona.

DDD podtrzymał wcześniejsze wyjaśnienia odnośnie przedłużania się procedur reklamacyjnych. Podkreślił, iż głównym powodem takiego stanu rzeczy w przypadku Wnioskodawcy był brak możliwości skontaktowania się z nim. Nieuzasadniony jest więc zarzut wysuwany przez Wnioskodawcę o utrudnianiu dochodzenia roszczeń reklamacyjnych z tytułu reklamacji asortymentowych.

Jednocześnie DDD zadeklarował rozpoczęcie prac nad zmianą niektórych zapisów regulaminu odbioru towaru poprzez potwierdzenie dotychczasowej praktyki w zakresie zwrotu pieniędzy w przypadku zaprzestania współpracy z danym klientem oraz podkreślenie faktu, iż niektóre tytuły fonogramów mogą być niedostępne w chwili złożenia zamówienia z uwagi na wyczerpanie nakładu.

Wnioskodawca nie podzielił stanowiska DDD odnośnie poruszanych kwestii (pismo z dnia 30 października 1999 r.). Przede wszystkim podniósł fakt, iż DDD rozprowadzając ... fonogramów takich wytwórni jak Sony, Pomaton EMI czy Uniwersal Music Polska posiada bezsprzecznie pozycję dominującą w zakresie dystrybuowania nagrań tych wytwórni. Z całą zaś pewnością przedmiotowy rynek nie może być ujmowany szeroko, z uwzględnieniem istniejących na rynku fonogramów „pirackich”.

Ponadto wbrew temu, co twierdzi DDD, uzyskuje on, zdaniem Wnioskodawcy, nieuzasadnione korzyści. Wytwórnice muzyczne tworzące DDD, zarabiają na sprzedaży jednego fonogramu około ... zł. Zatem wysokość zysku ze sprzedaży jednego fonogramu pokrywa cenę doręczenia całej przesyłki, jeśli zaś w przesyłce wysyłane są dwa lub więcej fonogramów, to ich spedycja jest bardzo opłacalna dla DDD.

Wnioskodawca ponownie zwrócił uwagę, iż jest niezrozumiałym dla niego brak możliwości skontrolowania przesyłki pod względem asortymentowym, nawet gdy dostarczona jest ona przez kuriera. Do każdej przesyłki dołączona jest bowiem faktura,

zawierająca wykaz jej zawartości, a zatem racjonalnym się wydaje uzyskanie możliwości odesłania (nie przyjęcia) przesyłki, która nie jest zgodna z wykazem.

Jest również nieporozumieniem dla Wnioskodawcy powoływanie się DDD na brak możliwości skontaktowania się z nim, skoro posiadał on właściwy adres oraz numery telefonów, pod którymi Wnioskodawca oczekiwał na kontakt.

Ustosunkowując się do twierdzeń Wnioskodawcy, DDD podtrzymał swe wcześniejsze wyjaśnienia (pismo z dnia 20 grudnia 1999 r.). W jego opinii rynek produktowy w przedmiotowej sprawie nie może być zawężony do legalnych produktów, skoro podróbki (płyty pirackie) stanowią rzeczywistą konkurencję dla towarów oferowanych przez DDD. Wyliczenia co do zysku osiągniętego przez DDD są pozbawione racjonalnej podstawy, Wnioskodawca nie bierze bowiem pod uwagę takich kosztów związanych z produkcją fonogramów jak np.: opłaty licencyjne dla autorów i wykonawców. Potwierdza również fakt, iż kontrola przesyłki w momencie dostawy ma charakter wyłącznie ilościowy, a nie asortymentowy, zgodnie z procedurą zawartą w regulaminie dostawy towaru. Natomiast działania DDD w zakresie reklamacji złożonych przez Wnioskodawcę uzależnione były od możliwości skontaktowania się z nim pod adresem doręczeń wskazanym we wcześniejszej korespondencji.

Jednocześnie DDD wniosło o umorzenie niniejszego postępowania z uwagi na fakt, że Wnioskodawca nie jest podmiotem uprawnionym do żądania wszczęcia takiego postępowania. Zdaniem DDD, o wszczęcie antymonopolowego postępowania administracyjnego może wnieść wyłącznie przedsiębiorca, prowadzący działalność gospodarczą. Zgodnie zaś z opinią doktryny prowadzenie działalności gospodarczej jest kategorią obiektywną niezależnie od tego, jak działalność tę ocenia prowadzący ją podmiot i jak ją nazywa oraz czy dopełnia ciążących na nim obowiązków. W opinii DDD chodzi zatem o to, czy działalność ta jest faktycznie prowadzona, nie wystarczy zaś legitymowaniem się wpisem np. do ewidencji działalności gospodarczej. Tymczasem z informacji podanych przez Wnioskodawcę wynika, iż w dniu 1 lutego 1999 r. zawiesił on prowadzenie działalności gospodarczej. W związku z tym Wnioskodawca nie może być uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy antymonopolowej, a co za tym idzie, nie był uprawniony do żądania wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego ustalono, co następuje.

Wnioskodawca jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą, o czym świadczy wpis do ewidencji działalności gospodarczej, prowadzonej przez Urząd Miejski we Wrocławiu (zaświadczenie z dnia 8 września 1998 r., nr sygn.:

Prowadzi on muzyczny sklep internetowy (detailed sprzedaż fonogramów, wcześniej zamówionych przez klientów pocztą elektroniczną), którego działalność zawiesił z dniem 1 lutego 1999 r.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż Wnioskodawca jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy antymonopolowej, o czym przekonuje wpis do ewidencji. Natomiast fakt zawieszenia przez Wnioskodawcę działalności handlowej, przy braku informacji o wykreśleniu przedsiębiorcy z ewidencji działalności gospodarczej, nie może stanowić o pozbawieniu Wnioskodawcy legitymacji czynnej do żądania wszczęcia postępowania antymonopolowego.

W okresie od 1 grudnia 1998 r. do 31 stycznia 1999 r. kontrahentem Wnioskodawcy w zakresie dostarczania fonogramów takich wytwórni jak Sony Music Polska, Pomaton EMI i Uniwersal Music Polska oraz kilku innych wytwórni był DDD.

Jak wskazuje Wnioskodawca, zawieszenie działalności sklepu internetowego spowodowane było niewywiązywaniem się DDD ze swych obowiązków w zakresie dostarczania zamówionych fonogramów (część dostarczonych nośników była uszkodzona, w przesyłce znajdowały się fonogramy inne od tych, które zostały zamówione) oraz utrudnianiem reklamowania w DDD takich sytuacji. O zawieszeniu działalności handlowej Wnioskodawca poinformował również swoich klientów na stronie internetowej swego sklepu.

W konsekwencji działania DDD były przyczyną wystąpienia Wnioskodawcy do Urzędu i stały się przedmiotem postępowania administracyjnego.

Jedną z kwestii, na tle której pojawiły się dość istotne rozbieżności w toku postępowania, była sprawa ustalenia rynku relewantnego i określenia pozycji DDD na tym rynku. Mając na uwadze konieczność rozstrzygnięcia tak istotnej sprawy dla postępowania antymonopolowego Urząd, podjął działania mające na celu przesądzenie tej kwestii.

W związku z powyższym Urząd zwrócił się do Związku Producentów Audio Video (ZPAV) z prośbą o udzielenie informacji i opinii na temat rynku dystrybucji fonogramów (pisma z dnia: 19 lipca 1999 r. i 8 września 1999 r.). W odpowiedzi Urząd otrzymał od ZPAV pismo z dnia 3 sierpnia 1999 r. zawierające wyjaśnienia i opinie w przedmiotowej sprawie oraz pismo z dnia 22 września 1999 r. wraz z załączoną listą największych wytwórni fonograficznych i liczbą wydanych im hologramów, które to dane posłużyły Urzędowi dla ustalenia pozycji rynkowej DDD.

Urząd przeprowadził także badania ankietowe, zmierzające do ustalenia zasad dystrybuowania przez DDD fonogramów poszczególnych wytwórni. Zwrócił się do wskazanych przez DDD wytwórni tj. Sony Music Polska, Pomaton EMI i Universal Music Polska oraz kilkunastu mniejszych, których płyty i kasyety są przez tę spółkę rozprowadzane, o stosowne wyjaśnienia.

Jak wykazały nadsyłane odpowiedzi, wytwórnie te dystrybuują swe fonogramy prawie wyłącznie za pośrednictwem DDD. 1

natomiast, iż sprzedaż jej fonogramów odbywa się niemal wyłącznie za pośrednictwem

pośrednictwem wytwórni

Urząd zwrócił się z zapytaniem również do bezpośrednich konkurentów DDD (innych dystrybutorów fonogramów na terenie Polski), tj. Muzycznego Centrum Dystrybucji Sp. z o. o. w Piastowie i Centrum Dystrybucji Niezależnej Sp. z o. o. w Warszawie. Na podstawie udzielonych informacji ustalił, iż Muzyczne Centrum Dystrybucji zajmuje się dystrybucją fonogramów należących do i
i Centrum Dystrybucji Niezależnej rozprawdza fonogramy takich wytwórni jak: I

Urząd uzyskał też informacje na temat prowadzonej działalności przez jedną z największych wytwórni fonograficznych w kraju (zgodnie z informacjami ZPAV), tj. siedzibą w Warszawie. Jednocześnie postanowieniem z dnia 29 lutego 2000 r. ograniczył z urzędu stronom przedmiotowego postępowania prawo wglądu w materiał dowodowy, stanowiący informacje zawarte w piśmie W. 11 października 1999 r.

Ponadto Urząd zwrócił się pismami z dnia 8 listopada 1999 r. do kilku wybranych wytwórni fonograficznych (były to:)
celem wyjaśnienia, jaki charakter mają kontrakty wiążące wytwórnie z wykonawcami muzycznymi oraz czy możliwa jest zmiana tych wytwórni przez wykonawców.

Badane wytwórnie poinformowały Urząd, iż nie preferują żadnych gatunków muzycznych, a co za tym idzie wydawane płyty mają bardzo różnorodny charakter. Umowy z wykonawcy muzycznymi podpisują na czas określony lub na wydanie płyty. Bardzo często zdarza się, iż są to umowy na okres 1 roku lub na wydanie jednej tylko płyty. Wtwórnie wyraźnie wskazują, iż wykonawcy mają możliwość po wygaśnięciu wiążącego go kontraktu związać się z inną wytwórnią. Ponadto zwracają uwagę, iż istnieją przypadki, gdy dane wydawnictwo muzyczne (składanki, kompilacje, płyty z największymi przebojami) wydawane jest przez dwie lub więcej wytwórni.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Praktyki monopolistyczne ujawniają się na rynku. Ustalenie rynku relewantnego (właściwego) jest zatem koniecznym warunkiem zastosowania przepisów ustawy antymonopolowej. Rynek relewantny to rynek istotny w konkretnej sprawie, a więc uwzględniający przedsiębiorcę, w stosunku do którego toczy się postępowanie. Definicja rynku relewantnego przyjęta w orzecznictwie antymonopolowym nie pokrywa się z definicją rynku w znaczeniu ekonomicznym, rozumianego jako ogół stosunków zachodzących między podmiotami uczestniczącymi w procesach wymiany towarów. Tak szerokie określenie rynku w prawie antymonopolowym byłoby nieprzydatne dla potrzeb przeciwdziałania przejawom nadużycia siły rynkowej. Dla ustalenia rynku relewantnego należy dążyć do wyodrębnienia z określonego rodzaju działalności gospodarczej takiego segmentu, który charakteryzuje się jednolitymi (homogenicznymi) warunkami prowadzenia działalności. W świetle praktyki Komisji Europejskiej oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w celu wyznaczenia rynku relewantnego określona działalność gospodarcza poddana zostaje analizie z trzech punktów widzenia: asortymentowej, geograficznej i czasowej. Przy dokonywanej w ten sposób analizie należy także brać pod uwagę zjawiska zachodzące na rynku w relacjach pionowych. Regułą jest bowiem, że zanim towar producenta stanie się dostępny odbiorcy finalnemu (konsumentowi) przechodzi przez kilka faz obrotu (por. S. Gronowski „Ustawa antymonopolowa. Komentarz. Wyd. 2” Wydawnictwo C.H. BECK Warszawa 1999 r. str. 117 - 118).

Wnioskodawca, w toku postępowania administracyjnego, postulował definiować rynek produktowy w przedmiotowej sprawie, poprzez odniesienie go do fonogramów konkretnych wytwórni. Powoływał się w tym względzie na fakt, iż wyłącznie DDD dystrybuje fonogramy, takich wytwórni jak :

W opinii Urzędu w rozpatrywanej sprawie odniesienie się tylko i wyłącznie do rynku fonogramów rozprowadzanych przez konkretne firmy dystrybucyjne jest niezasadne. Ujęcie rynku według propozycji Wnioskodawcy wymuszałoby uznanie, iż płyta wykonawcy X, wydana przez daną wytwórnię, nie jest takim samym towarem, jak płyta Y, wydana przez inną wytwórnię, a nawet należałoby przyjąć, iż dwie kolejne płyty tego samego wykonawcy, lecz wydane przez dwie różne wytwórnie, rozprowadzane dwoma różnymi ścieżkami dystrybucyjnymi, nie są towarami tożsamymi. Faktem bezspornym jest bowiem, iż towarem determinującym określenie rynku nie jest zestaw utworów czy piosenek jakiegoś wykonawcy znajdujący się na płycie, ale nośnik tych nagrań czyli CD bądź kaseka magnetofonowa.

Mając powyższy fakt na uwadze, dostrzegamy, iż zarówno cena, jak i funkcje użytkowe oraz przeznaczenie fonogramów (nośników muzyki), nawet wydanych przez różne wytwórnie - są identyczne. Tym samym należy je uznać za towary takie same i traktować je jako jeden spójny rynek.

Za takim rozumieniem rynku przemawiają także wyjaśnienia samych wytwórni fonograficznych, które wyraźnie wskazują, iż w zasadzie nie preferują żadnych gatunków muzycznych. Powoduje to, iż wydawane płyty mają bardzo różnorodny charakter, a oferowany repertuar muzyczny jest bardzo zbliżony między poszczególnymi wytwórniami. Wykonawcy muzyczni podpisują umowy z wytwórniami na okres 1 roku lub na wydanie jednej tylko płyty, a po wygaśnięciu wiążącego go kontraktu mogą związać się z inną wytwórnią. Uzasadnione jest więc przypuszczenie, potwierdzone obserwacją z życia codziennego, iż zdarzają się sytuacje, w których kolejne płyty danego wykonawcy są wydawane przez różne wytwórnie fonograficzne. Ponadto istnieją przypadki, gdy dane wydawnictwo muzyczne (składanki, kompilacje, płyty z największymi przebojami) wydawane jest przez dwie lub więcej wytwórni.

Definiując rynek w przedmiotowej sprawie, Urząd nie podzielił również opinii DDD, który proponował uznać płyty „pirackie” za substytuty legalnych wydawnictw muzycznych. W tym wypadku o niesłuszności powyższego założenia decyduje przede wszystkim fakt, iż nagrania „pirackie”, jako nielegalne, nie mogą być w ogóle przedmiotem obrotu gospodarczego. Dlatego też jedynie posilkowo można zwrócić uwagę na różnice w: cenie (czyli w stosunku do fonogramów „pirackich”), jakości dźwięku (zdecydowanie lepsza płyt oryginalnych) oraz sposobie wydania (legalne produkty są bogatsze o różnego rodzaju informacje, umieszczone wewnątrz płyty). Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż podróbki czyli płyty „pirackie” nie mogą być uznane za towary substytucyjne w stosunku do fonogramów legalnych, a co za tym idzie nie mogą stanowić jednego rynku produktowego, mimo że ich przeznaczenie oraz funkcje użytkowe są takie same.

Urząd uznał zatem, iż należyce wyodrębnionym towarem, który determinuje wyznaczenie rynku produktowego w przedmiotowej sprawie, jest ogół fonogramów rozprowadzanych przez wytwórnie fonograficzne.

Zarówno DDD, jak i firmy konkurujące z nim świadczą swe usługi na terenie całego kraju, tzn. oferują i świadczą usługę dystrybucji fonogramów wszystkim podmiotom w kraju. Z uwagi zaś na fakt, iż w odniesieniu do wyżej wyodrębnionego rynku produktowego warunki konkurencji na obszarze całego kraju są jednakowe dla wszystkich konkurentów, Urząd uznał, że w niniejszej sprawie właściwym rynkiem geograficznym jest rynek krajowy.

Natomiast w ujęciu pionowym (wertykalnym) jest to rynek dystrybuowania fonogramów nabytych bezpośrednio u producenta czyli wytwórni fonograficznej na rzecz sklepów i hurtowni, w celu dalszego rozprowadzania ich na rynku.

Mając powyższe na uwadze Urząd uznał, iż rynkiem relewantnym w przedmiotowej sprawie jest krajowy rynek dystrybucji fonogramów.

Zgodnie z zapisem art. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, polegającą na tym, że przedsiębiorca ten nie spotyka się z istotną konkurencją na rynku. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40 %.

W toku postępowania administracyjnego DDD podnosił, iż nie posiada on pozycji dominującej na rynku dystrybucji fonogramów. Powoływał się na fakt istnienia na tym rynku istotnej konkurencji ze strony innych przedsiębiorców. Opierając się na informacjach o ilości hologramów wydawanych wspólnie przez ZPAV i Stowarzyszenie Autorów ZAIKS wydawnictwom fonograficznym w Polsce – DDD wskazywał, iż jego udział w rynku dystrybucji fonogramów w Polsce w II półroczu 1998 r. wyniósł ok. 40 %, natomiast w I kwartale 1999 r. – ok. 45 %.

W celu potwierdzenia powyższych informacji, Urząd we własnym zakresie podjął się zbadania sytuacji na krajowym rynku dystrybucji fonogramów.

Ustalenia poczynione w toku postępowania administracyjnego, potwierdziły informacje przedstawione przez DDD, iż na ww. rynku spotyka się on z konkurencją ze strony innych firm dystrybucyjnych (Muzyczne Centrum Dystrybucji Sp. z o. o. w Piastowie oraz Centrum Dystrybucji Niezależnej Sp. z o. o. w Warszawie) oraz wielu wytwórni fonograficznych, które we własnym zakresie dystrybuują swe fonogramy.

Zmierzając do określenia pozycji DDD na tak wyodrębnionym rynku Urząd przyjął za kryterium - ilość hologramów wydanych przez Związek Producentów Audio Video (ZPAV) na rzecz wytwórni fonograficznych, których fonogramy rozprowadzane są w kraju (m.in. przez DDD i innych dystrybutorów). Urząd uznał, iż powyższe kryterium jest w pełni miarodajnym i obiektywnym sposobem ustalenia pozycji rynkowej podmiotów dystrybuujących fonogramy.

ZPAV poinformował Urząd, iż w 1998 r. wydano łącznie ok. 100 mln sztuk hologramów dla odbiorców, zaś w pierwszym półroczu 1999 r. wydano ok. 50 mln sztuk hologramów dla odbiorców. Urząd uznał, iż wystarczające dla ustalenia istotnych w przedmiotowej sprawie faktów, będzie uzyskanie od ZPAV listy, obejmującej te wytwórnie, które pobrały w powyższych okresach co najmniej 100 sztuk hologramów, co stanowiło ok. 10 % ogólnej liczby wydanych hologramów w 1998 r. i ok. 10 % w I pół. 1999 r.

Liczba hologramów wydanych przez ZPAV wytwórniom, których fonogramy dystrybuuje DDD, tj.: Muzyczne Centrum Dystrybucji Sp. z o. o. w Piastowie, Centrum Dystrybucji Niezależnej Sp. z o. o. w Warszawie, wyniosła na ok. 100 mln sztuk w 1998 r., co daje ok. 10 % udziału w ogólnej liczbie wydanych hologramów. Powyższy szacunek oparty jest na liczbie hologramów - ustalonej na podstawie danych ZPAV odnoszących się do tych wytwórni, które otrzymały co najmniej 100 sztuk hologramów - wynoszącej ok. 100 mln i szacunkowej puli hologramów tych wytwórni współpracujących z DDD, które nie znalazły się na tej liście z uwagi na mniejszą niż 100 sztuk pobranych hologramów. Natomiast w I półroczu 1999 r. kontrahenci

DDD pobrali ok. hologramów (przy ... hologramów pobranych przez największe wytwórnie), co daje ok. ...

Tym samym udział DDD w krajowym rynku dystrybucji fonogramów wynosił w 1998 r. ok. ... a w I półroczu 1999 r. ok. ... (co potwierdza informacje udzielane przez DDD).

W tym samym okresie wytwórnie I ... w 1998 r. łącznie ... hologramów, co stanowi ... ogólnej liczby hologramów wydanych w tym roku; zaś w I połowie 1999 r. ... gramów, co daje ... wszystkich hologramów wydanych w tym okresie. W ten sposób udział ... , który rozprowadza fonogramy tych dwóch wytwórni, w rynku dystrybucji fonogramów wyniósł ... poł. 1999 r.

Natomiast przybliżony udział w ww. rynku ... , który rozprowadza fonogramy takich wytwórni jak: ... 1999 r. ok. ... (ok. ... pobranych hologramów), natomiast w pierwszej połowie 1999 r. został oszacowany na ok. ...

Tak więc trzy ww. firmy dystrybucyjne rozprowadzając fonogramy ... wytwórni, osiągnęły w 1998 r. ok. ... , a w I połowie 1999 r. ok. ... ó udziału w rynku dystrybucji fonogramów. Natomiast pozostała, przeszło ... tego rynku, stanowią same wytwórnie, które organizują dystrybucję swych fonogramów we własnym zakresie i własnymi siłami, bądź poprzez sieć hurtowni muzycznych. W tym też zakresie wytwórnie te są realnymi konkurentami firm dystrybucyjnych. Na uwagę zasługuje fakt, iż wśród wytwórni, które zdecydowały się na podjęcie działalności w zakresie dystrybuowania swych produktów są również wytwórnie o znaczącym udziale w rynku fonograficznym w Polsce.

Ogólną sytuację na rynku dystrybucji fonogramów, określoną procentowymi udziałami przedsiębiorców działających na tym rynku, przedstawia poniższa tabela:

Lp.	Nazwa firmy dystrybucyjnej	Udział w rynku w 1998 r.	Udział w rynku w I poł. 1999 r.
1.			
2.			
3.			

Jak widać z powyższego zestawienia DDD posiada co prawda rynek dystrybucji fonogramów, niemniej spotyka się on z istotną konkurencją zarówno ze strony innych firm dystrybucyjnych, jak i dużej grupy wytwórni fonograficznych. Warto również zwrócić uwagę, iż sytuacja na tym rynku jest dość płynna. Udziały w rynku zmieniają się w zależności od ilości sprzedanych fonogramów i wydanych na ich rzecz hologramów, o czym decyduje tak naprawdę popularność jakiegoś wydawnictwa, a nie ekspansyjna działalność tych firm. Taka sytuacja powoduje, iż nie jest obecnie możliwe osiągnięcie przez podmiot dystrybuujący fonogramy, takiej siły rynkowej, która pozwoliłaby mu zapobiegać efektywnej konkurencji na rynku i działać na nim w wysokim stopniu niezależnie od konkurentów i partnerów rynkowych.

Warunkiem dla zastosowania przeciwko przedsiębiorcy art. 5 ww. ustawy jest udowodnienie faktu posiadania przez niego pozycji dominującej na rynku.

Jak wykazano powyżej DDD nie posiada pozycji dominującej na krajowym rynku dystrybucji fonogramów. Dlatego też nie może zostać uwzględnione żądanie Wnioskodawcy w zakresie stwierdzenia stosowania przez DDD praktyki monopolistycznej.

W związku z powyższym, orzeka się jak w sentencji.

Od decyzji niniejszej służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury w m.st. Warszawie.

Otrzymują:

*Pełnomocnik spółki
Duży Dom Dystrybucyjny*

L
Warsaw Tower
ul. Sienna 39
00-121 Warszawa

DYREKTOR
Delegatury w m.st. Warszawie
Muśław Król