



**PREZES URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**
Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Delegatura w Krakowie

RKR-410-1/12/PP-27/12

Kraków, dnia 7 listopada 2012 r.

DECYZJA NR RKR - 45/2012

I. Na podstawie art. 10 oraz stosownie do art. 33 ust. 4-6 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku dystrybucji oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, porozumienie zawarte przez Soneta sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dystrybutorami oprogramowania, polegające na ustaleniu w umowach o współpracy w zakresie dystrybucji oprogramowania obowiązku stosowania przez dystrybutorów cen sprzedaży oprogramowania „enova” określonych w cenniku producenta, oraz **nakazuje się jej zaniechania**.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 33 ust. 4-6 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) nakłada się na Soneta sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie **karę pieniężną** za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1. tej *ustawy*, w wysokości 10 109,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy sto dziewięć złotych 00/100) płatną do budżetu Państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 i 83 *ustawy o ochronie konkurencji konsumentów* oraz art. 264 § 1 *ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)*, obciąża się Soneta sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie **kosztami niniejszego postępowania** w wysokości 146,00 zł (słownie: sto czterdzieści sześć złotych 00/100) oraz zobowiązuje się tego przedsiębiorcę do ich zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

UZASADNIENIE

W okresie od dn. 7 listopada 2011 r. do dn. 20 lutego 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w Krakowie (dalej: „Prezes UOKiK”, „organ antymonopolowy”) przeprowadził z urzędu postępowanie wyjaśniające, mające na celu ustalenie zasad dystrybucji oprogramowania „enova”, produkowanego przez Soneta sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Soneta”, „Spółka”, „strona”). Ustalenia dokonane w toku postępowania wyjaśniającego nasunęły podejrzenie, że w ramach tej działalności może dochodzić do bezpośredniego ustalania cen sprzedaży oprogramowania, a tym samym naruszenia zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Wobec powyższego postanowieniem Nr RKR-87/2012 w dniu 9 marca 2012 r. wszczęte zostało - z urzędu - postępowanie antymonopolowe przeciwko Soneta, pod zarzutem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dystrybucji oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, polegającego na ustaleniu w umowach o współpracy w zakresie dystrybucji oprogramowania obowiązku stosowania przez dystrybutorów cen sprzedaży oprogramowania „enova” określonych w cenniku producenta.

Postanowieniem nr RKR-88/2012 w dniu 9 marca 2012 r. zaliczono w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu dokumenty uzyskane przez Prezesa Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego o sygnaturze RKR-400-25/11/PP, mającego na celu ustalenie zasad dystrybucji oprogramowania „enova” produkowanego przez Soneta, zarejestrowane pod numerami: od RKR-400-25/11/PP do RKR-400-25/11/PP-3/11, RKR-400-25/11/PP-5/11, od RKR-400-25/11/PP-7/11 do RKR-400-25/11/PP-27/12.

Pismem z dnia 9 marca 2012 r. zawiadomiono stronę o wszczęciu przeciwko niej postępowania antymonopolowego oraz wezwano do ustosunkowania się do sformułowanego wobec niej zarzutu.

I. W toku postępowania organ antymonopolowy ustalił, co następuje.

Soneta sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zarejestrowana jest w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 109244 prowadzonym przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieście w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy, na podstawie wpisu z dn. 26 kwietnia 2002 r. Do przedmiotu działalności spółki należy m.in. działalność związana z oprogramowaniem (62.01.2), działalność wydawnicza w zakresie gier komputerowych i pozostałego oprogramowania (58.21.Z, 58.29.Z), reprodukcja zapisanych nośników informacji (18.20.Z), sprzedaż detaliczna komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach (47.41.Z), sprzedaż detaliczna prowadzona przez domy sprzedaży wysyłkowej lub internet (47.91.Z), sprzedaż hurtowa komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania (46.51.Z). **[dowód: k. nr 524]**

Soneta prowadzi własną witrynę internetową w domenie www.soneta.com.pl, (witryna ta posiada również drugi adres: www.enova.pl), na której stronach umieszczane są m.in. informacje o firmie, aktualnościach związanych z działalnością firmy. Na stronach internetowych Soneta prezentowana jest oferta przedsiębiorstwa, w tym cennik produkowanego przez nie oprogramowania „enova”. System informatyczny „enova” to oprogramowanie dla firm, obejmujące zintegrowany program księgowy oraz moduły do zarządzania przedsiębiorstwem (np. „Kadry i Płace”, „Faktury”, „Księga Inwentarzowa” „Elektroniczne Wyciągi Bankowe” itp.), klasyfikowane jako tzw. system ERP (*Enterprise Resource Planning*). Cennik określa ceny poszczególnych modułów odrębnie, różnicując je ponadto na ceny za wersję „złotą” i „srebrną” oraz ceny za „pierwsze stanowisko” oraz za „kolejne stanowisko” **[dowód: k. 517-519]**.

Na stronach internetowych Soneta zamieszczane są również informacje dla potencjalnych partnerów handlowych firmy, dotyczące i warunków współpracy. Na stronie w zakładce „do pobrania” zamieszczono informację: „Poniżej zamieszczamy dokumenty niezbędne do rozpoczęcia współpracy handlowej”, poniżej której zamieszczono odnośniki (hiperłącza) umożliwiające pobranie plików w formacie .pdf, zatytułowane:

- „Umowa dystrybucyjna”,
- „załącznik nr 1 - Warunki handlowe”
- „załącznik nr 2 - Warunki licencji”

[dowód: karty nr 8-19]

Zawarty w w/w plikach wzorzec, zatytułowany jako „Umowa o współpracy w zakresie dystrybucji oprogramowania”, w wersji na dzień wszczęcia postępowania wyjaśniającego zawierał następujące postanowienie (§ 4 ust. 4):

- Przy udzielaniu zezwolenia Dystrybutor powinien stosować sugerowane stawki opłaty licencyjnej dla użytkowników końcowych zawarte w cenniku Producenta, obowiązującym w dniu zawarcia umowy licencyjnej z Użytkownikiem. W szczególnych przypadkach handlowych, za zgodą Producenta, mogą być zastosowane inne warunki cenowe.

[dowód: karty nr 11, 19]

Powyższy wzorzec został umieszczony na stronie internetowej Soneta w dniu 7 lipca 2011 r. i został zmieniony po wszczęciu postępowania wyjaśniającego, w dniu 15 listopada 2011 r, m.in. poprzez wyeliminowanie wyżej przytoczonego postanowienia.

[dowód: karty nr 507-510, w zw. z 531]

Sprzedaż oprogramowania enova poprzez sieć partnerów handlowych stanowi główny kanał jego dystrybucji przez Soneta. W 2011 roku 98,7 % (97,2 % w wymiarze wartościowym) licencji na użytkowanie oprogramowania enova zostało sprzedane za pośrednictwem dystrybutorów. **[dowód: karta nr 568]**

W toku postępowania dokonano ustaleń odnośnie kręgu podmiotów współpracujących z Soneta w zakresie dystrybucji oprogramowania, na podstawie umowy o współpracy obowiązującej na dzień wszczęcia postępowania wyjaśniającego lub w przeszłości, po dniu 1 stycznia 2011 r. oraz treści zawartych z nimi umów.

Spółka zawiera z partnerami umowy regulujące zasady współpracy handlowej poczynając od 2002 r. posługując się różnymi wzorami umów. W okresie roku 2011 Soneta była stroną umów wiążących ją z 391 partnerami, zawartych według wzorców oznaczonych dalej symbolami A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M („wzorzec A”, „wzorzec B” itd.)

[dowód: karty nr 533-566].

Poszczególne rodzaje wzorców były stosowane następująco:

- umowy według wzorów E, F, G, H i M zostały indywidualnie przygotowane dla pojedynczych kontrahentów,
- wzorce A, B, C i D stosowane były równolegle w okresie od 1 września 2002 r. do dnia 31 maja 2011r.
- wzorzec L był stosowany w okresie od 1 czerwca 2011 r. do 15 listopada 2011 r,
- wzorce I i J były stosowane w okresie od 1 lipca 2011 r. do 15 listopada 2011 r.
- wzorzec K został wprowadzony w dn. 16 listopada 2011 r. i zastąpiony od dnia 18 listopada 2011 r. wzorcem L.

[dowód: karta nr 253]

Zgodnie z postanowieniami umów o współpracy w zakresie dystrybucji oprogramowania, dystrybutorzy prowadzą tę działalność we własnym imieniu i na własny rachunek. Z tytułu umożliwienia finalnym nabywcom korzystania z oprogramowania - udzielenia im licencji/zezwolenia oraz przekazania nabywcy programu w odpowiedniej formie - wystawiają oni we własnym imieniu faktury z tytułu sprzedaży. Sprzedaż oprogramowania przez Soneta na rzecz dystrybutorów, celem dalszej odsprzedaży, jest dokumentowana odrębną fakturą.

Część z zawartych umów o współpracy (271) zawiera postanowienia będące przedmiotem zarzutu sformułowanego w niniejszym postępowaniu, część natomiast (120) nie. Zestawienie umów według ich wzorców zawiera tabela nr 1.

tabela nr 1. Zestawienie umów o współpracy handlowej w zakresie dystrybucji oprogramowania produkowanego przez Soneta.

wzo- rzec	czy zawiera postanowienia ograniczające swobodę ustalania ceny przez dystrybutora:	okres stosowania	ilość zawartych umów
1	2	3	4
A	TAK (§ 2 ust. 3): - „Przy udzielaniu zezwolenia, Licencjobiorca jest zobowiązany stosować stawki opłaty licencyjnej zawarte w cenniku Producenta, obowiązującym w dniu zawarcia umowy licencyjnej z Użytkownikiem” [dowód: karty nr 277-293]	od dn. 15 listopada 2002 r. do dn. 27 października 2011r	236
B	NIE	od dn. 1 września 2002 r. do dn. 1 października 2011 r.	75
C	NIE	od dn. 20 grudnia 2002 r. do dn. 10 kwietnia 2011 r.	21
D	NIE	od dn. 3 kwietnia 2003r. do dn. 7 stycznia 2011r	21
E	TAK (§ 2 ust. 3): - „Przy udzielaniu zezwolenia, Licencjobiorca jest zobowiązany stosować stawki opłaty licencyjnej zawarte w cenniku Producenta, obowiązującym w dniu zawarcia umowy licencyjnej z Użytkownikiem” [dowód: karty nr 355-366]	16 września 2008 r.	1
F	NIE	7 stycznia 2011 r.	1
G	TAK (§ 2 ust. 3): - „Przy udzielaniu zezwolenia, Licencjobiorca jest zobowiązany stosować stawki opłaty licencyjnej zawarte w cenniku Producenta, obowiązującym w dniu zawarcia umowy licencyjnej z Użytkownikiem” [dowód: karty nr 369-386]	8 czerwca 2009 r.	1
H	NIE	5 maja 2010 r.	1

I	TAK (§ 4 ust. 4): - „Przy udzielaniu zezwolenia, Dystrybutor powinien stosować sugerowane stawki opłaty licencyjnej dla użytkowników końcowych, zawarte w cenniku Producenta, obowiązującym w dniu zawarcia umowy licencyjnej z Użytkownikiem. W szczególnych przypadkach handlowych, za zgoda Producenta, mogą być zastosowane inne warunki cenowe” [dowód: karty nr 406-434]	od dn. 8 lipca 2011 r. do dn. 3 listopada 2011 r.	22
J	TAK (§ 4 ust. 4): - „Przy udzielaniu zezwolenia, Dystrybutor powinien stosować sugerowane stawki opłaty licencyjnej dla użytkowników końcowych, zawarte w cenniku Producenta, obowiązującym w dniu zawarcia umowy licencyjnej z Użytkownikiem. W szczególnych przypadkach handlowych, za zgoda Producenta, mogą być zastosowane inne warunki cenowe” [dowód: karty nr 435-457]	1 kwietnia 2011 r.	1
K	NIE	od dn. 16 listopada 2011 do dn. 17 listopada 2011	0
L	TAK (§ 4 ust. 4 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 7 i 8): - „Przy udzielaniu Licencji Użytkownikowi, Dystrybutor zobowiązany jest pobierać Oplatę Licencyjną. - Oplata Licencyjna - wynagrodzenie za udzielenie licencji, którego wysokość określa Cennik - Cennik- dokument zawierający zestawienie wysokości aktualnych cen za udzielenie Licencji, z uwzględnieniem zróżnicowania pakietów, w jakich rozpowszechniane jest Oprogramowanie” [dowód: karty nr 468-496, nr 506-515]	od dn. 13 czerwca 2011 r. do dn. 13 lipca 2011 r., oraz od dn. 18 listopada 2011 r.	10
M	NIE	10 stycznia 2005 r.	1

Wykaz umów zawartych według wzorców zawierających postanowienia ograniczające swobodę ustalania cen sprzedaży oprogramowania przez dystrybutorów, to jest wzorców: A, E, G, I, J, L, oraz firm z którymi zostały one zawarte, zawiera załącznik do niniejszej decyzji.

Ustosunkowując się do postawionego zarzutu oraz składając wyjaśnienia w toku postępowania, Soneta oświadczyła:

- zapisu umowy dotyczącego stosowania stawek opłaty licencyjnej zawartych w cenniku producenta nie stosowano, żaden dystrybutor nie zwracał się o wyrażenie jakiegokolwiek zgody na dokonanie sprzedaży oprogramowania „enova” po innych cenach. Dystrybutorzy mieli bowiem w tej sprawie pełną swobodę, a Spółka niczego nie weryfikowała, ani nie wymagała. Wobec powyższego nie jest także możliwe dołączenie przykładowych wniosków

oraz odpowiedzi, w których została wyrażona taka zgoda i takich, w których zgody odmówiono, gdyż ani takich wniosków ani odpowiedzi nigdy nie było.

[dowód: karta nr 567]

- Spółka nigdy nie weryfikowała poziomu cen dla użytkowników końcowych stosowanych przez dystrybutorów (stosowania cennika producenta), ani tym bardziej nie wyciągała żadnych konsekwencji prawnych czy faktycznych z tytułu stosowania innych cen.

[dowód: karta nr 568]

- w dniu 14 listopada 2011 r. Spółka powzięła informację o postępowaniu wyjaśniającym w sprawie dystrybucji systemu enova prowadzonym przez tutejszy Urząd, dokonano przeglądu stosowanego wzorca umowy. Spółka uznała, że niestosowany przez Spółkę zapis dot. cennika mógł w naszej ocenie wzbudzać wątpliwości interpretacyjne tutejszego Urzędu. Stąd podjęto decyzję o jego natychmiastowym usunięciu ze stosowanego wzorca umowy, niejako niezależnie od innych planowanych zmian, głównie o charakterze handlowym (zasady upustów itp.) **[dowód: karta nr 532]**

W toku postępowania wyjaśniającego organ antymonopolowy zgromadził dane dotyczące cenników, treści umów i transakcji sprzedaży oprogramowania enova, zrealizowanych w okresie od dn. 1 stycznia 2011 r. do dn. 31 października 2011 r. roku przez szesnastu wytypowanych dystrybutorów Soneta. Siedmiu spośród tych dystrybutorów było stroną umów o współpracy handlowej z Soneta, zawierających postanowienie ograniczające swobodę ustalania ceny sprzedaży, natomiast w pozostałych dziewięciu umowach takie ograniczenie nie występowało. Żaden z dystrybutorów nie sporządził własnego cennika oprogramowania enova, wszyscy posługiwali się - w formie papierowej, poprzez zamieszczenie na własnej stronie internetowej, lub poprzez zamieszczenie odesłania do strony producenta - cennikami określonym przez Soneta.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, dotyczących sposobu wykonywania postanowień ograniczających swobodę ustalania ceny sprzedaży oprogramowania, dystrybutorzy będący stronami umów zawierających takie postanowienia, wyjaśniali, że:

- cena programu jest najczęściej tylko jednym ze składników negocjowanej łącznie ceny oferty składanej klientowi, w skład której wchodzi również usługa wdrożenia oprogramowania u nabywcy,
- cennik producenta traktowany jest przez nich jako punkt wyjścia do przygotowania ofert, mieli oni możliwość samodzielnego ustalania rabatów, upustów udzielanych nabywcom końcowym,
- nie kierowali wniosków do Soneta o wyrażenie zgody na sprzedaż oprogramowania po cenie innej niż wynikająca z cennika producenta,
- Soneta nie dokonywała żadnych czynności mających na celu kontrolę cen, po jakich dystrybutorzy prowadzili sprzedaż oprogramowania ani nie kierowała do nich żadnych zaleceń lub upomnień dotyczących stosowania cen sprzedaży zgodnych z cennikiem producenta.

[dowód: karty nr 586-609]

Ustalono, że mają miejsce także przypadki, w których dystrybutorzy uzgadniają z Soneta ceny oferowanego klientom oprogramowania. Jeden z wytypowanych dystrybutorów wyjaśnił, że nie stosuje własnego cennika systemu enova, a oferowane klientom przez jego firmę ceny są uprzednio uzgadniane z producentem systemu. Inny z dystrybutorów wyjaśnił, że uzgadniał telefonicznie na etapie sporządzania oferty kwestię udzielenia rabatów specjalnych z opiekunem regionalnym z ramienia Soneta. **[dowód: karty nr 172, 598]**

Przeprowadzono także analizę transakcji sprzedaży oprogramowania enova, zrealizowanych przez tych, spośród wytypowanych przez organ antymonopolowy dystrybutorów, którzy związani byli z Soneta umową o współpracy handlowej zawierającą postanowienie ograniczające swobodę ustalania przez nich ceny sprzedaży oprogramowania. Analizowana próba objęła ok. 1,7 % sprzedaży licencji w wymiarze ilościowym. Pominięto transakcje sprzedaży aktualizacji oprogramowania oraz transakcje nie dające się przypisać do cennika producenta. W zestawionych 131 transakcjach zrealizowanych przez 7 dystrybutorów w okresie styczeń-październik 2011 r. w 32,1% przypadkach cena sprzedaży była zgodna z ceną wynikającą z cennika producenta, natomiast w 67,9% przypadków cena sprzedaży odbiegała od ceny określonej w cenniku producenta. **[dowód: karty nr 610-612]**.

Przedsiębiorca nie wykazał w toku postępowania, że praktyka będąca przedmiotem zarzutu sformułowanego w niniejszym postępowaniu, została przez niego zaniechana, a w szczególności, że zawarte przez niego z dystrybutorami umowy zawierające zakwestionowane postanowienia zostały rozwiązane lub zmienione.

Zgodnie z oświadczeniem Soneta oraz przedłożonym rocznym zeznaniem (CIT) o wysokości osiągniętego dochodu, w roku 2011 r. przedsiębiorca ten osiągnął przychód w wysokości 6 686 162,32 zł. **[dowód: karty nr 580-584]**

Pismem z dnia 3 października 2012 r. strona została zawiadomiona o zgromadzeniu materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz możliwości zapoznania się z nim. Strona wypowiedziała się w odniesieniu do zgromadzonego materiału dowodowego pismem z dnia 15 października 2012 r. W piśmie tym strona przedstawiła stanowisko, w świetle którego stosunki handlowe łączące Soneta z jej dystrybutorami zbliżone są do umowy agencyjnej, a dystrybutorzy udzielając licencji na użytkowanie sprzedawanego przez siebie oprogramowania działają z upoważnienia jego producenta i występują w charakterze „przedłużonego ramienia” Soneta. Ponadto wdrożenie oprogramowania u klienta wymaga wykonywania pewnych czynności również przez Soneta - zarejestrowania przez producenta sprzedanej przez dystrybutora licencji. Zdaniem strony świadczy to o tym, że pomiędzy Soneta a dystrybutorami istniał taki system powiązań gospodarczych i handlowych w zakresie sprzedaży oprogramowania enova, że w sensie ekonomicznym podmioty te stanowiły jeden organizm gospodarczy. W ocenie strony porozumienie cenowe zawarte w umowach agencyjnych, oraz w umowach do nich zbliżonych - w tym w niniejszej sprawie - powinno zatem być wyłączone spod zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Strona złożyła jednocześnie szereg wniosków o przeprowadzenie dowodów z zeznań wskazanych przez nią pracowników, członków zarządu oraz partnerów handlowych, a także dowodów z oględzin oprogramowania i opinii biegłych. Prezes UOKiK uznał, że przeprowadzenie wnioskowanych dowodów nie jest uzasadnione i skutkować będzie zbędną przewlekłością postępowania. W szczególności wzięto w tym zakresie pod uwagę, że zaprezentowane stanowisko pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami składanymi przez stronę i jej partnerów handlowych w toku postępowania i nie znajduje oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Dokonane ustalenia bezspornie wskazują, że stosunki łączące Soneta z jej dystrybutorami nie mają charakteru umowy agencyjnej lub umowy o podobnym charakterze. Umowy o współpracy w zakresie dystrybucji jednoznacznie stanowią, że działalność polegająca na sprzedaży oprogramowania wykonywana jest przez dystrybutorów we własnym imieniu, na własny rachunek i na własną odpowiedzialność. Dystrybutorzy własnym imieniem wystawiają faktury i inkasują zapłatę całości ceny na własny rachunek bankowy. Wykonywanie pewnych czynności przez producenta po dokonaniu czynności sprzedaży - zarejestrowanie sprzedanej licencji - jest niezbędne m.in. ze względu na potrzebę ochrony przysługujących mu praw autorskich do oprogramowania komputerowego i zabezpieczenia przed jego nielegalnym użytkowaniem przez osoby

nieuprawnione. Nie zmienia to charakteru relacji handlowych pomiędzy producentem oprogramowania i jego dystrybutorami.

II. Oceniając ustalony stan faktyczny organ antymonopolowy zważył, co następuje.

1. określenie zarzutu

Stronie niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na zawarciu przez Soneta sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wraz z dystrybutorami oprogramowania wymienionymi w załączniku do niniejszej decyzji porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, polegającego na zobowiązaniu dystrybutorów w umowach o współpracy handlowej do sprzedaży tego oprogramowania na rzecz końcowych odbiorców po cenach wynikających z cennika określanego przez Soneta.

2. interes publiczny

Zgodnie z określonym w art. 1 ust. 1 celem *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel *ustawy* pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taka interpretacja znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie antymonopolowym, zgodnie z którym: „interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej.”¹ Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.”²

Ochrona wolnej konkurencji dokonuje się w interesie publicznym, a nie w interesie stron umowy. Odmiennie niż to ma miejsce w postępowaniu cywilnym, ukierunkowanym na ochronę praw podmiotowych stron, postępowanie w trybie przewidzianym *ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów* ma za swój przedmiot ochronę interesu publicznego, gdy skutkami działań sprzecznych z *ustawą* dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku wymagające ingerencji ze strony organów działających w trybie tej *ustawy*.

Interes publiczny należy utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa

¹ wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04 lipca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00).

² wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98).

antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.³

Sprawa będąca przedmiotem niniejszej decyzji dotyczy ustalania jednolitych cen sprzedaży oprogramowania, produkowanego przez Soneta. Praktyka tego rodzaju ogranicza konkurencję cenową, natomiast w interesie publicznym leży istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych. Działania ograniczające powstanie lub rozwój konkurencji naruszają interes publiczny.⁴

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, porozumienie cenowe należy do najcięższych naruszeń konkurencji albowiem zawsze wywołuje niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co narusza interes ogólnospołeczny⁵. Pionowe porozumienia cenowe należą do kategorii porozumień ograniczających konkurencję wewnątrzmarkową - w tym przypadku pomiędzy poszczególnymi sprzedawcami oprogramowania „enova”. Ustalanie przez przedsiębiorców jednolitych cen odsprzedaży ogranicza w konsekwencji odbiorcom końcowym - w tym przypadku podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą - możliwość nabycia oprogramowania niezbędnego na potrzeby prowadzonych przez nie przedsiębiorstw po cenach niższych, niż wynikające z porozumienia, a które mogłyby być stosowane w przypadku działania nieskrępowanych mechanizmów rynkowych.

W związku z powyższym w niniejszej sprawie zaszyły podstawy do podjęcia interwencji w interesie publicznym.

3. strona postępowania

W świetle *ustawy o ochronie i konkurencji* stronami postępowania antymonopolowego w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję oraz adresatami decyzji w tych sprawach są przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt. 1 tej *ustawy* przez przedsiębiorcę rozumie się m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. W świetle art. 4 ust. 1 *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, ze zm.) przedsiębiorcą jest m.in. osoba prawna, która we własnym imieniu wykonuje działalność gospodarczą. Stroną w niniejszej sprawie jest spółka prawa handlowego, posiadająca osobowość prawną, prowadząca działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Podmiot ten jest zatem bezspornie przedsiębiorcą w rozumieniu *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Zachowanie kwalifikowane jako porozumienie ma charakter kolektywny, wymaga zaangażowania więcej niż jednego przedsiębiorcy. Taka okoliczność nie jest jednak równoznaczna z obowiązkiem postawienia zarzutu naruszenia regulacji antymonopolowych wszystkim zidentyfikowanym stronom porozumienia. Zgodnie z art. 88 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* „stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję.” Takie ukształtowanie pojęcia strony statuuje autonomię organu antymonopolowego w kształtowaniu zakresu podmiotowego postępowań antymonopolowych i do jego kompetencji należy decyzja, co do tego, kogo uczynić stroną postępowania antymonopolowego.

Porozumienia dystrybucyjne są przykładem porozumień, których byt w dużej mierze zależy – mimo wielości uczestników porozumienia – od decyzji organizatora systemu

³ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r. (sygn. akt III SK 2/08.).

⁴ wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 marca 2005 r. (sygn. akt XVII Ama 16/04).

⁵ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r. (sygn. akt I CKN 469/01).

dystrybucji. Wynika to z daleko idącej standaryzacji prawnych i ekonomicznych relacji między tym przedsiębiorcą, a jego dystrybutorami. Zakazana praktyka dochodzi do skutku co do zasady z inicjatywy podmiotu organizującego system dystrybucji, który przedstawia dystrybutorom (np. w treści standardowych umów) pożądaną przez niego sposobą działania, natomiast dystrybutorzy stają się uczestnikami systemu dystrybucji przyjmując zaproponowane im zasady jego funkcjonowania. Organizator systemu dystrybucji może również sam podjąć działania zmierzające do zapobieżenia naruszeniom reguł konkurencji, np. wypowiadając dystrybutorom umowy w zakresie kwestionowanych postanowień umownych. Rozstrzygnięcie organu antymonopolowego adresowane do tego jednego przedsiębiorcy może bezpośrednio wpłynąć na zakończenie lub zmianę sposobu funkcjonowania zakwestionowanego systemu dystrybucji. Takiemu rozwiązaniu nie sprzeciwiają się krajowe regulacje wiążące Prezesa UOKiK i bywa ono również stosowane w orzecznictwie Komisji Europejskiej oraz organów ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej.

Podkreślić należy jednocześnie, że zakres podmiotowy postępowań antymonopolowych dotyczących porozumień wertykalnych może być kształtowany w różny sposób, w zależności od oceny, jak wpłynie to na realizację celów postępowania. W pewnych przypadkach skuteczne przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję może wymagać zastosowania sankcji przewidzianych w ustawie antymonopolowej wobec szerszego kręgu uczestników zakazanej praktyki, w tym również wobec dystrybutorów. Przemawiać za tym mogą okoliczności zawarcia porozumienia, jego charakter lub rola dystrybutorów w tym porozumieniu.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji Prezes UOKiK uznał za uzasadnione i wystarczające sformułowanie zarzutu naruszenia *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wobec jednego przedsiębiorcy, producenta oprogramowania enova i organizatora systemu jego dystrybucji - spółki Soneta.

4. rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów* definiuje rynek właściwy (art. 4 pkt 9) jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 *ustawy*). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego.

Jak podnosi się w doktrynie - szerokie, odpowiadające różnorodności przedmiotów obrotu gospodarczego, rozumienie pojęcia towarów ma na celu objęcie przepisami *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wszelkich obszarów działalności gospodarczej, na których funkcjonować może i powinna konkurencja. Zakresem tego pojęcia objęto więc rzeczy, czyli przedmioty materialne, zarówno ruchome, jak i nieruchome, ale także usługi, w tym roboty budowlane, zarówno usługi produkcyjne, konsumpcyjne, jak i ogólnospołeczne. Towarami są też wszelkie postaci energii oraz zbywalne prawa majątkowe, w tym papiery wartościowe. Na gruncie tej *ustawy* pojęcie towaru należy wiązać z obrotem towarowym - sprzedażą, zakupem, świadczeniem lub pozyskiwaniem wyżej wskazanych dóbr lub usług.

Z punktu widzenia ochrony konkurencji nieistotna jest przy tym kwalifikacja obrotu w kategoriach cywilnoprawnych, tj. uznanie, iż określona umowa jest np. umową sprzedaży, dostawy, najmu czy też ma charakter umowy nienazwanej, bądź też uznania, że dana umowa ma charakter obligacyjny lub rodzi skutki prawno-rzeczowe. W szczególności nie należy zawężać zachowań stanowiących przedmiot porozumienia wertykalnego wyłącznie do czynności, których skutkiem jest przeniesienie własności danego towaru. Także oddanie rzeczy do używania (na podstawie np. umowy najmu, dzierżawy czy leasingu) będzie mogło stanowić przedmiot porozumienia wertykalnego; tak będzie również w przypadku, kiedy przedmiotem "wymiany handlowej" będą usługi.⁶ W niniejszej sprawie obrót oprogramowaniem („sprzedaż”) odbywa się poprzez dokonywanie czynności określanych w umowach zawieranych przez sprzedawców z nabywcami oprogramowania jako „udzielenie licencji” lub „udzielenie zezwolenia” na korzystanie z tego oprogramowania.

W niniejszej sprawie towarem, którego dotyczy porozumienie, jest oprogramowanie komputerowe wspomagające zarządzanie przedsiębiorstwami. Może być ono wykorzystywane w firmach o różnym charakterze, działających w różnych branżach. Oprogramowanie posiada charakter modułowy - składa się z wielu podsystemów obsługujących poszczególne dziedziny funkcjonowania przedsiębiorstw, a nabywca może sam decydować, które moduły są przydatne dla jego potrzeb. Systemy ERP oferowane przez poszczególnych producentów mogą się różnić między sobą architekturą, zastosowaną technologią informatyczną, funkcjonalnościami, możliwością dostosowania do indywidualnych potrzeb użytkownika. Wszystkie mają jednak za zadanie zapewniać obsługę różnorodnych, powiązanych ze sobą, procesów, związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa. Oprogramowanie tego rodzaju zapewnia m.in. możliwość automatycznej wymiany danych wykorzystywanych w różnych procesach. Osoby obsługujące tego rodzaju oprogramowanie (księgowi, magazynierzy, sprzedawcy, management itd.) nie posiadają przy tym z reguły specjalistycznej wiedzy informatycznej, co wymaga nadania oprogramowaniu odpowiedniego interfejsu. Z powyższych względów takie zadania spełnia tylko dedykowane oprogramowanie, sporządzone specjalnie w tym celu. Substytutem dla oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, oferowanego przez danego producenta, może być oprogramowanie tego rodzaju oferowane przez innego producenta. Nie jest natomiast dla niego substytutem oprogramowanie służące do innych zastosowań (np. pakiety biurowe).

Ograniczenie konkurencji na rynkach sprzedaży oprogramowania było już niejednokrotnie przedmiotem zarówno krajowego i wspólnotowego orzecznictwa antymonopolowego.⁷

⁶ Kohutek K., Sieradzka M. „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”. LEX, 2008, pkt 5.2.2.

⁷ np. decyzja Prezesa UOKiK Nr RKT-49/2009 z dn. 30 grudnia 2009 r., Nr RPZ-32/2011 z dn. 22 listopada 2011 r,

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest również jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru są dostatecznie jednorodne i który można odróżnić od obszarów sąsiadujących. Na wielkość rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ naturalne cechy badanego towaru. Te bowiem bezpośrednio oddziałują na charakter jego transportu oraz udział kosztów transportu w jego cenie końcowej. Na granice rynku geograficznego mogą mieć także wpływ czynniki natury prawnej, w szczególności wszelkiego rodzaju bariery dostępu do rynku, takie jak monopol prawny na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, cła, istotne różnice podatkowe, czy bariery pozataryfowe w postaci różnego rodzaju atestów lub świadectw bezpieczeństwa, mających istotne znaczenie w obrocie międzynarodowym.

Oprogramowanie typu ERP stosowane przez polskich przedsiębiorców uwzględnia krajowe uwarunkowania prawne prowadzenia działalności gospodarczej (regulacje z zakresu rachunkowości, podatków, ceł, ubezpieczeń społecznych, zagadnień kadrowych itp.), a także z reguły posiada interfejs w polskiej wersji językowej. W ocenie organu antymonopolowego wskazuje to, że rynek nie posiada wymiaru szerszego niż krajowy. Jednocześnie właściwości oprogramowania jako towaru - przesyłanego na nośnikach cd/dvd lub metodą teletransmisji - powodują, że koszty transportu nie stanowią istotnego czynnika, który mógłby mieć znaczenie przy podejmowaniu przez dystrybutorów decyzji o współpracy handlowej z Soneta i dystrybutorzy ci działają na obszarze całego kraju. Wobec powyższego uznaje się, że w rynek właściwy w aspekcie geograficznym ma wymiar krajowy.

Nadmienić należy, iż przy analizie niniejszej sprawy, szersza lub węższa definicja rynku – zarówno w aspekcie produktowym jak i geograficznym - a także jego struktura, nie będą miały dla sprawy istotnego znaczenia. Zgodnie z polskimi i wspólnotowymi przepisami dotyczącymi porozumień ograniczających konkurencję, porozumienia w zakresie ustalania cen, co do zasady, nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu. Są one niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku właściwym przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu.⁸

5. porozumienie – naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

5.1. rodzaj porozumienia

Na gruncie *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* praktyki ograniczające konkurencję można podzielić na praktyki indywidualne oraz porozumienia, w zależności od tego, czy uczestnikiem zakazanego *ustawą* zachowania jest jeden podmiot gospodarczy, czy też grupa takich podmiotów, współdziałająca ze sobą z zamiarem osiągnięcia celu zakazanego *ustawą*.

Przedmiotem porozumień ograniczających konkurencję może być obrót towarami na tym samym poziomie rynku (porozumienia horyzontalne), bądź na różnych poziomach rynku (porozumienia wertykalne). Porozumienia mogą być zawierane przez konkurentów (porozumienia poziome), reprezentujących zarówno stronę popytową, jak i podażową, lecz również przez podmioty ze sobą nie konkurujące (porozumienia pionowe), tj. działające na różnych poziomach łańcucha dystrybucji.

⁸ wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: z dnia 14 lutego 2007 r. (sygn. akt XVII Ama 98/06) oraz z dnia 29 maja 2008 r. (sygn. akt XVII Ama 53/07).

Porozumienie objęte będące przedmiotem niniejszej decyzji, ma charakter pionowy (wertykalny). Jego uczestnikami są: producent oprogramowania enova oraz jego partnerzy - dystrybutorzy prowadzący sprzedaż tego oprogramowania na rzecz jego odbiorców końcowych.

5.2. przesłanki zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Przepisy art. 6 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowią, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towaru. Porozumienia tego rodzaju są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, z zastrzeżeniem art. 7 i 8 *ustawy*.

Stosownie do art. 7. *ustawy* powyższego zakazu nie stosuje się do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (porozumienia wertykalne), których łączny udział w rynku, w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 % oraz do porozumień zawieranych między konkurentami, kiedy łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5 %. Niemniej jednak wyłączenia te nie mają zastosowania do porozumień polegających na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen sprzedaży towarów, a takie właśnie porozumienie jest przedmiotem praktyki stwierdzonej niniejszą decyzją.

Stosownie natomiast do normy zawartej w art. 8 ust. 1 *ustawy* zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

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

przy czym ciężar udowodnienia powyższych okoliczności, spoczywa na przedsiębiorcy. Zgodnie natomiast z delegacją zawartą w art. 8 ust. 3 *ustawy* Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć określone rodzaje porozumień (spełniające powyższe przesłanki), spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, określając przy tym klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 *ustawy*.

Stosownie do § 11 pkt 1 *rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2011 r. nr 81, poz. 441)*, wydanego na podstawie wyżej powołanej delegacji, wyłączeniu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 *ustawy* nie podlegają porozumienia wertykalne, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym.

Podobne rozwiązanie obowiązuje również na gruncie prawa wspólnotowego, zgodnie z którym nie stosuje się wyłączenia porozumienia wertykalnego spod generalnego zakazu

porozumień antykonkurencyjnych, jeżeli ma ono na celu ograniczenie uprawnienia kupującego do ustalania cen jego sprzedaży.⁹ Cena jest elementem, który najbardziej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami a jednocześnie wpływa na wybór ofert przez konsumentów¹⁰. W orzecznictwie europejskim przyjmuje się, iż sam fakt istnienia w danym dokumencie klauzuli ograniczającej bezpośrednio lub pośrednio swobodę dystrybutora do ustalania cen odsprzedaży może stanowić naruszenie konkurencji.¹¹

Ustalanie zatem pomiędzy producentem towaru a jego dystrybutorami cen sprzedaży na rzecz odbiorców o ustalonej wysokości, jest z mocy prawa zakazane. Jak zauważył Europejski Trybunał Sprawiedliwości „swoboda w kształtowaniu cen na rynku jest jednym z najistotniejszych aspektów konkurencji niezakłóconej, a każde niedozwolone wywieranie wpływu na sposób ustalania cen podlega zakazowi.”¹²

5.3. forma zawartego porozumienia

Zgodnie z art. 4 pkt 5 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, przez porozumienie rozumie się:

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

Porozumienie może zatem przybrać formę umowy dwustronnej lub wielostronnej, ustnej lub pisemnej, wyraźnej bądź też dorozumianej. Stosunki handlowe łączące kontrahentów mogą nadawać charakter porozumienia antykonkurencyjnego także aktom jednostronnym. Jest tak w przypadku okólników, informacji, czy ofert handlowych lub promocyjnych nakłaniających do sprzedawania określonych produktów po ustalonej cenie. Sugestie zawarte w takich dokumentach często przyjmowane są przez adresatów w drodze milczącej zgody lub pełnią też funkcję „środka nacisku”.

W przedmiotowej sprawie zgromadzone zostały dowody bezpośrednie, wskazujące na istnienie porozumienia cenowego - w formie pisemnych umów - pomiędzy Soneta a jej partnerami handlowymi. Podmioty te ograniczyły swoją swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Uzgodnienie to polegało na umownym zobowiązaniu się stron do stosowania jednolitych cen sprzedaży oprogramowania końcowym użytkownikom.

Tym samym spełniona została przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegająca na zawarciu porozumienia.

5.4. cel lub skutek porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Stosownie do treści art. 6 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, zakazane jest porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie

⁹ rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. UE L 10.102).

¹⁰ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002 r.

¹¹ decyzja Komisji Europejskiej z dnia 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO (*sprawa Yamaha*)

¹² sprawa 26/76 *Metro vs. Komisja* [1977] ECR 1875.

w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia lub eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia.

Cel porozumienia można określić jako wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wypływa zatem z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji.

Uwzględniając jaki był obiektywny cel porozumienia należy wziąć pod uwagę jego literalne brzmienie, a także okoliczności jego zawarcia i wykonywania. Obiektywnym celem postanowienia zobowiązującego dystrybutorów do przestrzegania cen oprogramowania wynikających z cennika publikowanego Soneta było ograniczenie swobody dystrybutorów w ich prawie do ustalania cen sprzedawanych towarów, a w konsekwencji ograniczenie konkurencji cenowej na rynku właściwym.

Jak podkreślił Sąd Najwyższy w jednym ze swoich wyroków dotyczących porozumień ograniczających konkurencję: *„Świadomość naruszenia zakazów wynikających z ustawy nie ma znaczenia z punktu widzenia kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję. Jej wykazanie nie jest konieczne do stwierdzenia bezprawności zachowania przedsiębiorcy naruszającego dyspozycję art. 5 ust. 1 ustawy (obecnie art. 6 ust. 1). Porozumienie - takie jak w stanie faktycznym niniejszej sprawy - ma na celu ograniczenie konkurencji, nie tylko wtedy gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji ale gdy z przedmiotu poczynionych przez jego strony uzgodnień wynika, że nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Decyduje o tym sprzeczność materii uzgodnień przedsiębiorców z celami ustawy, zaś ocena, czy celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji obejmuje analizę treści (przedmiotu) porozumienia oraz kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do uzgodnień między przedsiębiorcami.”*¹³

Zgodnie z treścią umów o współpracy zawartych pomiędzy Soneta i jej dystrybutorami, są oni zobowiązani do prowadzenia sprzedaży oprogramowania po cenach wynikających z cennika producenta. W kontekście jasnej, niebudzącej wątpliwości, treści oświadczenia, które zostały złożone poprzez podpisanie umów o współpracy, domniemywanie odmiennych intencji niż stosowanie jednolitych cen sprzedaży oprogramowania jest nieuzasadnione.

Porozumienia wertykalne, których treścią jest ustalenie cen minimalnych są powszechnie uważane za porozumienia, których obiektywnym celem jest ograniczenie konkurencji. Cenowe porozumienia wertykalne były wielokrotnie przedmiotem działań Prezesa UOKiK¹⁴, a także Komisji Europejskiej¹⁵.

¹³ wyrok Sądu Najwyższego: z dn. 14 stycznia 2009 r. (sygn. III SK 26/08), podobnie wyrok z dn. 13 maja 2004 r. (sygn. akt III SK 44/04).

¹⁴ por. np. decyzje Prezesa UOKiK nr: DOK-107/2006 z dn. 18 września 2006 r; RWR-20/2007 z dn. 29 czerwca 2007 r; RKT-79/2007 z dn. 31 grudnia 2007 r; RPZ-50/2008 z dn. 30 grudnia 2008 r; RKT-109/2008 z dn. 31 grudnia 2008 r; RKT-35/2009 z dn. 08 grudnia 2009 r; RKT-44/2009 z dn. 30 grudnia 2009 r; RPZ-31/2009 z dn. 31 grudnia 2009 r.

Porozumienie zawarte przez Soneta i jej dystrybutorów miało wymiar antykonkurencyjny bowiem jego obiektywnym celem było wyeliminowanie niepewności, co do cen oprogramowania, jakie mogą zostać zaoferowane potencjalnemu klientowi przez innego dystrybutora. Antykonkurencyjny cel istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania uczestników porozumienia o celu, który przyświecał przystąpieniu do porozumienia. Przesłankę antykonkurencyjnego celu spełnia również takie porozumienie, które w zamierzeniach stron nie było ukierunkowane na ograniczenie konkurencji, jednak w rzeczywistości taki właśnie skutek zaistniał. Jeżeli treść porozumienia ma cel jawnie antykonkurencyjny, nie ma znaczenia rzeczywista wola stron porozumienia.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów odnosząc się do negatywnego skutku zachowania się przedsiębiorców stwierdził *„dla uznania konkretnego działania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywołało skutki na rynku. Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji”*¹⁶. Zgodnie z innym wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów *„nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolistycznej (...). Z treści art. 1 ust. 2 ustawy wynika bowiem, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki monopolistyczne ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które choćby tylko hipotetycznie, mogą wywoływać takie skutki.”*¹⁷

W nawiązaniu do przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że w świetle ustawy antymonopolowej zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, a sam efekt ograniczenia konkurencji nie musi wystąpić.

Także Europejski Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie podnosił, że nie ma potrzeby brać pod uwagę rzeczywistych skutków porozumienia, jeżeli jego celem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji.¹⁸ Jak orzekł Sąd Pierwszej Instancji, przedsiębiorcy wyrażając wspólny zamiar stosowania danego poziomu cen dla swoich towarów, porzucają swoją niezależną politykę cenową, a przez to naruszają reguły konkurencji.¹⁹

Okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że porozumienie cenowe zawarte w umowach o współpracy handlowej nie było rygorystycznie przestrzegane. Wszyscy dystrybutorzy udzielając informacji o cenach oferowanego oprogramowania enova posługują się - bezpośrednio, lub pośrednio, poprzez odesłanie do stron internetowych producenta - cennikiem ustalonym zgodnie z zawartym porozumieniem. W analizowanej próbie transakcji, w około jednej trzeciej przypadków zastosowane ceny sprzedaży były zgodne z tym cennikiem, natomiast w pozostałych przypadkach cena transakcyjna odbiegała od cennika.

¹⁵*Deutsche Philips* OJ [1973] L 293/40, [1973] CMLR D241; *Gerofabriek* OJ [1977] L 16/8, [1977] 1 CMLR D35; *Hennessey/Henkel* OJ [1980] L 383/11, [1981] 1 CMLR 601; *Novalliance/Systemform* OJ [1997] L 47/11, [1997] 4 CMLR 876; *Nathan-Baricolux* OJ [2001] L 54/1, [2001] 4 CMLR 1122; *JCB* OJ [2002] L 69/1, [2002] 4 CMLR 1458.

¹⁶ wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 lipca 1998 r., (sygn. akt: XVII Ama 32/98).

¹⁷ Wyrok SOKiK z dnia 7 lipca 2004 r., (sygn. akt XVII Ama 65/03).

¹⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Consten and Grundig* [1966], ECR 429; zob. też: wyrok ETS w sprawie C-235/92 P *Montecatini* [1999], ECR I-4539, par. 122; wyrok ETS w sprawie C-277/87 *Sandoz Prodotti Farmaceutici v Commission* [1990] ECR I-45; wyrok w sprawie C-219/95 P *Ferriere Nord v Commission* [1997] ECR I-4411, par. 14 i 15.

¹⁹ wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 9 lipca 2003r. w sprawie T-224/00 *Archer Daniels (...)* p-ko Komisji (zb. orz. 2003, II-2597).

Konstatując należy uznać, że zawierając z dystrybutorami porozumienie, którego celem było ograniczenie konkurencji cenowej przy sprzedaży oprogramowania, Soneta naruszyła zakaz określony w art. 6 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zgodnie z art. 10-11 tej *ustawy* Prezes UOKiK jeżeli stwierdzi naruszenia tego zakazu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania. Jeżeli natomiast zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać ten zakaz, wówczas Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania, przy czym ciężar udowodnienia, że praktyka została zaniechana spoczywa na przedsiębiorcy. W niniejszej sprawie w toku postępowania Soneta nie wykazała, że praktyka będąca przedmiotem postawionego jej zarzutu została zaniechana.

Mając powyższe na uwadze, organ antymonopolowy orzekł, jak w pkt I. sentencji.

6. kara za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 6 w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 *ww. ustawy*). Wskazuje się ponadto, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć.

Ustalając wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych w niniejszej decyzji naruszeń. Wskazać przy tym należy, iż pod względem szkodliwości (natury) naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia:

- naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku),
- naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów),
- naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarte przez Soneta i jej dystrybutorów zakwalifikować należy do kategorii naruszeń poważnych bowiem jest to

porozumienie pionowe, wpływające na ostateczną cenę towarów, poprzez ustalenie jednolitych cen na sprzedawane przez dystrybutorów produkty. Wyjściowa kwota kary ustalona została na poziomie 0,21 % przychodu przedsiębiorcy, to jest w wysokości 14 040,94 zł.

Biorąc pod uwagę specyfikę rynku oraz funkcjonowania na nim przedsiębiorców organ antymonopolowy ustalając wysokość kar uwzględnił okoliczność, że porozumienie nie było w pełni wprowadzone w życie i rygorystycznie przestrzegane. Uczestniczący w nim dystrybutorzy mieli możliwość stosowania cen innych, niż te, które zobowiązali się stosować, natomiast Soneta nie kontrolowała ich zachowań w tym zakresie. Jako okoliczność łagodzącą uwzględniono również specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. W szczególności, Prezes UOKiK wziął pod uwagę fakt, iż na krajowym rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem nie występują znaczące bariery wejścia na rynek oraz iż jest to rynek konkurencyjny. W szczególności oprogramowanie enova posiada substytuty w postaci systemów informatycznych wspomagających zarządzanie przedsiębiorstwem, oferowanych przez innych producentów. Powyższe względy uznano za okoliczności łagodzące, uzasadniające obniżenie podstawy kary łącznie o 40 %, to jest do kwoty 8 424,56 zł

Ustalając wysokość kary pieniężnej należy wziąć również pod uwagę długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, jeżeli prowadzi ona do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. W ocenie organu antymonopolowego w niniejszej sprawie zawarte porozumienie nie zafunkcjonowało w sposób pozwalający czerpać jego uczestnikom istotne korzyści z udziału w nim, w związku z czym uznano, że - pomimo, iż umowy zawierające niedozwolone postanowienia zawierane były od 2002 roku - nie jest uzasadnione podwyższenie kary z tego tytułu.

Prezes UOKiK uznał natomiast za okoliczność istotnie obciążającą Soneta fakt, że przedsiębiorca ten był inicjatorem i organizatorem porozumienia. To on przygotował i zawierał z dystrybutorami treść umów o współpracy, w których wprowadził postanowienia mające na celu ograniczenie konkurencji cenowej. Uwzględniając tą okoliczność uznano za uzasadnione podwyższyć ustaloną na poprzednim etapie wysokość kary o 20 %.

Mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione czynniki dotyczące wagi naruszenia, specyfiki rynku oraz okoliczności łagodzące i obciążające, Prezes Urzędu postanowił nałożyć na przedsiębiorcę karę w wysokości 10 109,00 zł, co stanowi 0,15 % przychodu przedsiębiorcy. Kara w tej wysokości stanowi 1,5 % maksymalnej, dopuszczalnej *ustawą*, kary. Kara w takim wymiarze jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* i współmierna do możliwości finansowych przedsiębiorcy. Prezes UOKiK uznał, że orzeczona kara prawidłowo spełni zarówno funkcję represyjną, jak i swoje zadania w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej, zapobiegając stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości, zarówno przez Soneta, jak i innych przedsiębiorców.

W świetle powyższego, organ antymonopolowy orzekł, jak w pkt II. sentencji.

7. koszty postępowania

Zgodnie z art. 80 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* organ antymonopolowy rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Natomiast, stosownie do art. 77 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, jeżeli w wyniku postępowania organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przepisów *ustawy*, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania.

Postępowanie zakończone niniejszą decyzją konkurencję zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku organ antymonopolowy - w punkcie I. sentencji decyzji - stwierdził naruszenie przepisów *ustawy antymonopolowej*.

Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa UOKiK w toku postępowania antymonopolowego oraz postępowania wyjaśniającego mające na celu ustalenie zasad dystrybucji oprogramowania „enova”.

Mając powyższe na uwadze, organ antymonopolowy orzekł, jak w pkt III. sentencji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, określoną w punkcie II. decyzji karę pieniężną należy uiścić, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000

Koszty postępowania, określone w punkcie III. decyzji, należy uiścić w tym samym terminie i na to samo konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

pouczenie

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. - od niniejszej decyzji stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie, pl. Szczepański 5, 31-011 Kraków. W przypadku zakwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania, zawartego w punkcie III. decyzji - stosownie do treści art. 81 ust. 5 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z 479³² § 1 i 2 k.p.c. stronie przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia tej decyzji, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

otrzymują:

1. Wojciech Natkowski, pełnomocnik Soneta sp. z o.o.
Kancelaria Prawna
ul. Juliusza Lea 19A/7
30-048 Kraków
2. RKR a/a