

**DELEGATURA UOKIK
W KATOWICACH**

Katowice, dnia 30.12.2009r.

RKT-410-06/07/MK

Decyzja nr RKT-47/2009

Na podstawie art. 105 ust. 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmian.) oraz stosowanie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134, poz. 939) oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **umarza się jako bezprzedmiotowe** postępowanie antymonopolowe wszczęte w związku z podejrzeniem zawarcia przez PPG Polifarb Cieszyn SA w Cieszynie oraz „Leroy-Merlin Polska” Sp. z o.o. w Warszawie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „Do it yourself”, polegającego na przyznaniu przez PPG Polifarb Cieszyn SA w Cieszynie w umowie handlowej zawartej z „Leroy-Merlin Polska” Sp. z o.o. w Warszawie wyłączności na rynku marketów budowlanych typu „Do It Yourself”, na farbę ścienną Cieszynka Plus w opakowaniu 10 l. w 50 specyficznych kolorach, barwioną przy pomocy komputerowego systemu barwienia K99 Kolor System, co może być porozumieniem ograniczającym konkurencję o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, polegającym na ograniczeniu zbytu towaru.

Uzasadnienie

W związku z uzyskanymi przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej organem antymonopolowym) w toku badania krajowego rynku farb i lakierów informacjami, pozwalającymi na przypuszczenie, iż pomiędzy PPG Polifarb Cieszyn SA w Cieszynie (dawna nazwa SigmaKalon Cieszyn SA w Cieszynie) oraz „Leroy-Merlin Polska” Sp. z o.o. w Warszawie mogło dojść do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, organ antymonopolowy uznał za celowe przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w tej sprawie.

Zebrane w toku postępowania wyjaśniającego informacje i dokumenty pozwoliły na przypuszczenie, iż PPG Polifarb Cieszyn SA w Cieszynie przyznała w umowie handlowej zawartej z „Leroy-Merlin Polska” Sp. z o.o. w Warszawie wyłączność na rynku marketów budowlanych typu „Do It Yourself”, na farbę ścienną Cieszynka Plus w opakowaniu 10 l. w 50 specyficznych kolorach, barwioną przy pomocy komputerowego systemu barwienia K99 Kolor System.

Dlatego też postanowieniem nr 1 z dnia 18.12.2007r. organ antymonopolowy wszczął z urzędu postępowanie w sprawie zawarcia przez PPG Polifarb Cieszyn SA w Cieszynie oraz „Leroy-Merlin Polska” Sp. z o.o. w Warszawie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku

krajowym sprzedaży farb i lakierów, polegającego na przyznaniu przez PPG Polifarb Cieszyn SA w Cieszynie w umowie handlowej zawartej z „Leroy-Merlin Polska” Sp. z o.o. w Warszawie wyłączności na rynku marketów budowlanych typu „Do It Yourself”, na farbę ścienną Cieszynka Plus w opakowaniu 10 l. w 50 specyficznych kolorach, barwioną przy pomocy komputerowego systemu barwienia K99 Kolor System, co może być porozumieniem ograniczającym konkurencję o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, polegającym na ograniczeniu zbytu towaru.

W ustosunkowaniu się do wszczęcia postępowania „Leroy-Merlin Polska” Sp. z o.o. w Warszawie (zwany dalej: Leroy-Merlin) w piśmie z dnia 11.01.2008r. nie zgodził się z postawionymi mu zarzutami. Zdaniem Leroy-Merlin istotą wyłącznego zobowiązania PPG Polifarb Cieszyn SA w Cieszynie (zwane dalej Polifarb Cieszyn SA) było dostarczenie stronie programu komputerowego, który bazując na 3 komponentach: bazie, mieszalniku i pigmentach, dobierał odpowiednie proporcje tych ostatnich tworząc 50 eksperymentalnych kolorów farby Cieszynka Plus. Program ten zawierał więc pewien klucz mieszania, który nie był oferowany innym klientom, ale był przeznaczony dla samej strony, która wykorzystywała go dla testowania możliwości powstania nowych kolorów. Nowe kolory uzyskane przez Leroy-Merlin, były kolorami stworzonymi przez Polifarb Cieszyn SA za pomocą „klucza” objętego wyłącznością. Program ten zdaniem Leroy-Merlin został przekazany w celu testowania możliwości uzyskania nowych kolorów i zainteresowania takimi eksperymentalnymi barwami przez klientów. Jednakże badanie wykazało, trudności z uzyskaniem powtarzalnych kolorów oraz brak zainteresowania tą propozycją wśród klientów, stąd też po dwóch rocznych umowach postanowiono nie przedłużać dalej tej umowy. Dlatego też porozumienie to zdaniem Leroy-Merlin nie mogło wywrzeć jakiegokolwiek wpływu na konkurencję na rynku sprzedaży farb i lakierów w sieciach typu „DIY”.

Ponadto zdaniem Leroy-Merlin ograniczenie zbytu nie dotyczy każdego porozumienia czy też działania, a tylko takiego, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Na dalszym etapie postępowania Leroy-Merlin w piśmie z dnia 07.05.2008r. wskazał, iż podobne eksperymentalne praktyki były przeprowadzane również przez inne markety budowlane takie jak OBI czy też Castorama. Jak stwierdził Leroy-Merlin, z uwagi na małą sprzedaż farby Cieszynka Plus zarówno białej jak i kolorowej w całkowitej ilości sprzedanej farby (karta nr 40 - tajemnica przedsiębiorcy) oraz, iż również inni producenci farb i lakierów np. Tikkurila, ICI Polska czy też „Śnieżka” (karta nr 598), sprzedawali swoje wyroby w systemie kolorowania w mieszalniku, nie istniała realna możliwość wpływu porozumienia dotyczącego sprzedaży tego produktu na rynek farb i lakierów w Polsce.

Również Polifarb Cieszyn SA nie zgodził się z postawionym mu zarzutem zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Jego zdaniem opracowanie systemu kolorowania farby Cieszynka-Plus miało na celu sprostanie konkurencji ze strony innych producentów farb oraz odróżnienie się od konkurentów. Polifarb Cieszyn SA zawiera w swojej standardowej ofercie farby barwione w oparciu o bazę Dekoral, które zmieszane w odpowiednich proporcjach pozwalały uzyskać wybrany kolor. Na zlecenie Leroy-Merlin spółka opracowała receptury uzyskiwania farb barwionych także w oparciu o farbę gotową białą Cieszynka-Plus, która miała pełnić rolę bazy. Wyboru 50 specyficznych kolorów dokonała Leroy-Merlin, w oparciu o swoją wiedzę i znajomość preferencji kolorystycznych swoich klientów. Żaden inny dystrybutor farb spółki nie zgłosił zapotrzebowania ani nawet zapytania o taki system kolorowania w oparciu o farbę Cieszynka-Plus. Zakres gwarantowanej Leroy-Merlin wyłączności obejmował zatem jedynie 50 receptur na uzyskanie wybranych przez tego przedsiębiorcę kolorów w oparciu o bazę farby białej Cieszynka-Plus i standardowe pigmenty spółki. Dla uzyskania 1, 3 czy też 10 litrów tej farby nie było konieczne podejmowanie jakichkolwiek dodatkowych działań. Zatem fakt zagwarantowania Leroy-Merlin przedmiotowej wyłączności nie ograniczył konkurentom tej spółki możliwości oferowania swoim klientom analogicznych kolorów. Mogli oni nadal konkurować z Leroy-Merlin porównywalną paletą kolorów. Ponadto brak zainteresowania pozostałych marketów budowlanych systemem kolorowania farby białej Cieszynka-Plus świadczy o braku uzyskania przez ten market budowlany konkurencyjnej pozycji na rynku.

Ponadto 50 przedmiotowych kolorów miało swoje odpowiedniki w paletach innych producentów farb barwionych, które były dostępne dla pozostałych kontrahentów. Nie można zatem

uznać, że dostępność 50 specyficznych kolorów, uzyskanych w oparciu o bazę Cieszyńka- Plus, mogła utrudniać rywalizację rynkową czy też osłabić atrakcyjność oferty konkurentów Leroy- Merlin. Również i znikoma sprzedaż przez Leroy-Merlin farby Cieszyńka-Plus świadczy o tym, iż porozumienie to nie mogło wyrzucić żadnych negatywnych skutków na rynku.

W ocenie Leroy-Merlin trudno kwestionowanym przez organ antymonopolowy postanowieniom umownym przypisać antykonkurencyjny zamiar stron. Leroy-Merlin zwracając się do spółki o przygotowanie produktu wykraczającego poza standardową ofertę spółki. Liczyła, że w ten sposób odróżni się od swoich konkurentów i przyciągnie do swoich marketów nowych klientów. Stąd też zamówiła u spółki tzw. produkt dedykowany. Złożenie takiego zamówienia wpisywało się w ogólną strategię grupy Leroy-Merlin zgodnie, z którą w marketach budowlanych należących do tej firmy sprzedawane są produkty jej dedykowane. Produkty objęte klauzulą wyłączności stanowiły jedynie niewielką część produktów Polifarb Cieszyn SA w tym sprzedawanych marketom typu „DIY”. Działania te miały na celu jedynie uatrakcyjnienie oferty dla konsumentów oraz wzrost innowacyjności produktów. Z tych też względów trudno uznać je za szkodliwe dla rozwoju rynku i konkurencji. Ponadto w ocenie Leroy-Merlin udział tego przedsiębiorcy oraz jego grupy kapitałowej, do której on należy nie przekracza 30% w rynku właściwym zakupu towarów objętych porozumieniem. Dlatego też w rozumieniu przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19.11.2007r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 230, poz. 1691), porozumienie to nie podlega zakazowi o jakim mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Polifarb Cieszyn SA wskazał ponadto, iż kwestionowane przez organ antymonopolowy postanowienia przestały obowiązywać w 2007r. Postanowienia te nie miały charakteru wyłączności, której doktryna prawa konkurencji przypisuje antykonkurencyjny charakter. Postanowienia te nie miały na celu ani nie mogły wywołać negatywnych skutków dla konkurencji. W szczególności postanowienia te nie mogły doprowadzić, do przypisywanych wyłączności w uregulowaniach wspólnotowego prawa konkurencji, negatywnych skutków w postaci wyłączenia lub utrudnienia/ograniczenia działalności innych nabywców-konkurentów Leroy-Merlin czy też wyeliminowania konkurencji tzw. „wewnątrzmarkowej” pomiędzy dystrybutorami oferującymi te same marki. Istotą tego porozumienia było opracowanie produktu odbiorcy dostosowanego do jego indywidualnych potrzeb.

Organ antymonopolowy ustalił co następuje

Polifarb Cieszyn SA jest jednym z największych producentów farb i lakierów w kraju. Jednym z wyrobów tego przedsiębiorcy jest farba biała Cieszyńka Plus, która od lat cieszy się niezmiennym zainteresowaniem wśród konsumentów. Farba ta sprzedawana jest poprzez różne kanały dystrybucji tj. hurtownie, centra dekoracyjne Dekoral, markety budowlane „DIY” oraz sklepy detaliczne prowadzące sprzedaż farb i lakierów. Farba ta dostępna jest w tych kanałach dystrybucji w opakowaniach o różnej pojemności. Wielkość zakupu przez danego kontrahenta wynika z ilości zamówionego wyrobu. Wykaz odbiorców tej farby w 2005r. i 2006r. oraz ilość farby Cieszyńka Plus przedstawia tabela (tajemnica przedsiębiorcy - pkt 1 załącznika do decyzji). Z informacji tych wynika, iż farba biała Cieszyńka Plus w pojemnikach 10 l. była sprzedawana przez Polifarb Cieszyn na rynku krajowym prawie wszystkim marketom budowlanym typu „DIY”, przy czym Leroy-Merlin był znaczącą odbiorcą tej farby.

Polifarb Cieszyn SA od 1996r. łączy z Leroy-Merlin umowy handlowe dotyczące sprzedaży produkowanych przez niego farb i lakierów. Z punktu 8.3 umowy handlowej zawartej na 2005r. (karty od nr 85 do nr 99) wynika, iż Polifarb Cieszyn SA zagwarantował wyłączność na rynku marketów budowlanych typu „DIY” (OBI, PRAKTIKER, CASTRAMA, NOMI, BRICOMARCHE, PLATFORMA), na farbę ścienną Cieszyńka Plus w opakowaniu 10 l. w 50 specyficznych kolorach, barwioną przy pomocy komputerowego systemu barwienia K99 Kolor System do końca roku 2005 i przedłużenie tego okresu za zgodą stron wraz z podpisaniem następnych umów handlowych do końca 2006r. Podobne uregulowania zawierała również umowa na 2006r. (karta od nr 114 do nr 127) obowiązująca do 31.12.2006r. Uregulowań takich nie zawierała natomiast umowa obowiązująca w 2003r. oraz 2004r. (karty od nr 79 do nr 84) oraz umowa na 2007r. (karty od nr 503 do nr 520).

Barwienie farby białej Cieszynka Plus odbywa się przy pomocy komputerowego systemu barwienia K 99 Kolor System o jakim mowa w umowach na 2005r. oraz 2006r. Barwienie to odbywa się w punktach sprzedaży detalicznej przy wykorzystaniu maszyny barwiącej Kolor System, obsługiwanej przez przeszkolonego pracownika danego punktu sprzedaży. Maszyna barwiąca Kolor System miesza białą farbę Cieszynka Plus z odpowiednio dozowanymi pigmentami w celu uzyskania koloru wskazanego przez klienta, wybranego z palety 50 dostępnych barw. Barwienie tej farby odbywa się w oparciu o receptury znajdujące się w systemie komputerowym maszyn barwiących Kolor System. Receptury te zostały opracowane przez Polifarb Cieszyn SA. Nie istnieją techniczne ani chemiczne granice odtworzenia w wyniku zmieszania dowolnej bazy z dowolnym zestawem pigmentów.

W maszynach barwiących w systemie Kolor System mogą być również barwione inne farby, a farba Cieszynka Plus może być barwiona w innych maszynach. Polifarb Cieszyn SA na zlecenie Leroy-Merlin opracował receptury uzyskiwania farb barwionych w oparciu o farbę białą Cieszynka Plus, która miała pełnić rolę bazy. Wyboru 50 specyficznych kolorów dokonała Leroy-Merlin w oparciu o swoją wiedzę i znajomość preferencji kolorystycznych klientów.

System K 99 Kolor System zawierał komputerowy zapis receptur poszczególnych kolorów i pozwalał w łatwy sposób przekazać maszynie barwiącej właściwe proporcje pigmentów koniecznych do uzyskania pożądanego koloru.

Polifarb Cieszyn SA udostępniał maszyny barwiące wszystkim podmiotom, które ubiegały się o udostępnienie takowych, na poparcie czego przedstawił odpowiednie dane liczbowe (tajemnica przedsiębiorcy - karta nr 581 akt sprawy).

Z powyższego wynika, iż odbiorcy Polifarb Cieszyn SA mieli możliwość nieograniczonego dostępu do farby Cieszynka Plus, systemu barwienia w systemie farb K99 Kolor System, pigmentów oraz maszyn barwiących spółki. Wyłącznie przyznana Leroy-Merlin dotyczyła wyłącznie 50 kolorów opracowanych zgodnie z oczekiwaniami tego przedsiębiorcy. Kolory te lub im zbliżone były dostępne w ofercie innych producentów.

Z ustaleń organu antymonopolowego wynika, iż klienci Leroy-Merlin nabyli jedynie niewielką ilość tej farby, co oznacza, że nie byli w znaczny sposób zainteresowani tą ofertą.

Organ antymonopolowy zważył co następuje

Interes publicznoprawny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, organ antymonopolowy podejmuje działania w przypadku podejrzenia naruszenia przez przedsiębiorców interesu publicznego konkurentów i (lub) konsumentów. Wobec powyższego warunkiem niezbędnym do oceny działania danego przedsiębiorcy w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, iż jego działania naruszyły interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów. W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest definicji ustawowej co należy rozumieć poprzez interes publicznoprawny. Dlatego też kryterium dokonywania oceny czy w danej sprawie został naruszony interes publicznoprawny jest nieostre. Jednakże na tle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego, wykształconego co prawda w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale zachowującego swoją aktualność również obecnie, utrwalił się pogląd, iż naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas gdy działaniami, będącymi przedmiotem postępowania, zagrożony jest interes ogólnospołeczny, co może mieć miejsce m.in. wówczas, gdy skutkiem określonych sprzecznych z przepisami ustawy działań, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku (*E.Modzelewska-Wachal. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Twigger. Warszawa 2002r.*). Przykładowo należy wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001r. (sygn. akt I CKN 1217/98), w którym to wyroku Sąd uznał, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma służyć ochronie interesu ogólnospołecznego (publicznego) polegającego na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego, tj. prowadzenia przez przedsiębiorców działalności w warunkach konkurencji oraz możliwości swobodnego podejmowania decyzji co do warunków prowadzenia tej działalności. Rynek taki może jednak funkcjonować prawidłowo tylko jeśli zapewnione są warunki powstania i rozwoju konkurencji. Jedynie w warunkach niezakłóconej

konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Istotą bowiem konkurencji jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie. Decyduje o tym wolne i nieskrępowane działanie mechanizmów rynkowych w tym zapewnienie możliwości swobodnego podejmowania decyzji. Natomiast wszelkie formy uzgodnionych działań przedsiębiorców, których celem lub skutkiem jest ograniczenie wolności działalności gospodarczej uczestników rynków, jest naruszeniem reguł konkurencji i stanowi naruszenie przepisów ustawy.

Tym samym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać więc takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy (konsumenta), lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. W takich przypadkach ingerencja organu antymonopolowego jest uzasadniona. Należy wskazać, iż przy ocenie czy doszło w danej sprawie do naruszenia interesu publicznoprawnego, nie należy poprzestać na zbadaniu ewentualnych negatywnych skutków bezpośrednich kontrahentów danego przedsiębiorcy. Ale niezbędne jest spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania przedsiębiorstwa odbijają się na interesach konsumentów bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa, co może skutkować naruszeniem interesu publicznoprawnego.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, iż warunkiem niezbędnym do oceny czy porozumienie zawarte przez Polifarb Cieszyn SA i Leroy-Merlin stanowi naruszenie przepisów ustawy, jest wykazanie, iż porozumienie to naruszyło interes publicznoprawny konkurentów i (lub) konsumentów.

Jak przedstawiono to na wcześniejszych stronach niniejszej decyzji Polifarb Cieszyn oraz Leroy-Merlin w umowach handlowych na rok 2005 oraz 2006 zawarli ustalenia zgodnie, z którymi Leroy-Merlin uzyskał na rynku marketów budowlanych typu „DIY”, wyłączność na farbę ścienną Cieszynka Plus w opakowaniu 10 l. w 50 specyficznych kolorach, barwioną przy pomocy komputerowego systemu barwienia K99 Kolor System. Na skutek tego porozumienia tj. zawarcia przez producenta z odbiorcą umowy o wyłącznej sprzedaży, został ograniczony zbyt (sprzedaż) farby białej Cieszynka Plus w pojemniku 10 l. kolorowanej w systemie Kolor K 99. Omawiana praktyka doprowadziła do tego, iż inne markety budowlane typu „DIY” zostały pozbawione dostępu do systemu kolorowania farby białej Cieszynka Plus w opakowaniach 10 l w systemie Kolor K 99. Tym samym zawarcie takiego porozumienia powodowało, iż Leroy-Merlin na rynku marketów budowlanych typu „DIY”, posiadał szerszą ofertę niż inne markety budowlane. Oznacza to, iż skutkami tego porozumienia zostali dotknięci konkurenci Leroy-Merlin, których pozbawiono możliwości dostępu do tego systemu.

Ponadto na skutek tego porozumienia dostęp do barwienia farby białej Cieszynka Plus w poj. 10 l. w systemie komputerowym Kolor K 99 posiadali tylko klienci Leroy-Merlin. Możliwości takiej zostali natomiast pozbawieni klienci innych marketów typu „DIY”.

Oznacza to, iż skutkami działań tego przedsiębiorcy zostali dotknięci zarówno konkurenci Leroy-Merlin jak i nieograniczona liczba konsumentów, których pozbawiono możliwości dostępu do powyżej opisanego systemu kolorowania farby białej Cieszynka Plus.

Tym samym należy uznać, iż w sprawie tej mógł zostać naruszony interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów, a porozumienia to mogło podlegać ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynek właściwy

Kolejnym warunkiem niezbędnym do oceny czy przedsiębiorcy przeciwko, którym wszczęto postępowanie naruszyli przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest zdefiniowanie rynku właściwego w tej sprawie, na którym doszło do zawarcia porozumienia.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze

względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

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

Rynek produktowy

Podstawowym kryterium wyznaczania rynku produktowego w danej sprawie jest zdefiniowanie towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości są uznawane przez nabywców za substytuty.

W ocenie organu antymonopolowego rynkiem produktowym w tej sprawie, której dotyczyło rozpatrywane porozumienie, jest rynek zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY”.

Farby i lakiery są wyrobami przemysłu chemicznego służącymi do pokrywania powierzchni powłokami w celach dekoracyjnych lub też w celu zabezpieczenia jej przed czynnikami zewnętrznymi np. korozją.

Pomimo tego, iż rynek właściwy definiowany jest zwykle przez organy ochrony konkurencji i konsumentów dosyć wąsko, tak aby został zidentyfikowany poziom konkurencji na rynku, to jednakże w niniejszej sprawie organ ustalił, iż rynek farb i lakierów należy uznać za jeden rynek produktowy.

Prezes Urzędu na podstawie informacji uzyskanych w toku wspomnianego powyżej badania rynku od największych przedsiębiorców działających na rynku krajowym farb i lakierów ustalił, iż istnieje co prawda możliwość dokonania dalszej segmentacji farb i lakierów ze względu na ich przeznaczenie tj. na stosowane w budownictwie i przemyśle. Natomiast farby stosowane w budownictwie podzielić na stosowane wewnątrz i na zewnątrz pomieszczeń oraz ze względu na rodzaj powierzchni tj. np. do ścian, podłóg, drewna czy też metalu. Jednakże pomimo ograniczonej substytutywności poszczególnych rodzajów farb i lakierów dekoracyjnych, organ antymonopolowy z uwagi na to, iż producenci wytwarzają różne ich rodzaje, które są następnie dystrybuowane w ten sam sposób ustalił, iż w rozpatrywanej sprawie uzasadnione jest uznanie, że farby i lakiery stanowią jeden rynek produktowy. Podobne stanowisko zajęła Komisja Europejska, która w sprawie koncentracji ICI/Williams (decyzja z dnia 29.04.1998r., nr IV/M.1167) uznała, iż rynek farb i lakierów może stanowić jeden rynek produktowy, pomimo ich różnego przeznaczenia oraz ograniczonej substytutywności. Ponadto ze względu na takie czynniki jak podobne właściwości, procesy wytwarzania, produkowanie przez poszczególnych producentów farb i lakierów tego samego asortymentu farb, podobny marketing, te same kanały dystrybucji oraz możliwość produkowania poszczególnych rodzajów farb i lakierów w oparciu o te same maszyny i tym samym łatwość w przedstawieniu się przez producentów z produkcji jednego rodzaju farby na inną można uznać, iż poszczególne rodzaje farb i lakierów stanowią jeden rynek produktowy i nie ma konieczności dokonywania dalszej segmentacji tego rynku. Stąd też organ antymonopolowy ustalił, iż uzasadnione jest w niniejszej sprawie przyjęcie, że wyroby te tworzą jeden rynek produktowy.

Za szerokim ujmowaniem tego rynku przemawia również orzecznictwo Komisji Europejskiej. Przykładowo w decyzjach Komisji (decyzja nr IV/M.009 - *Fiat Geotech/Ford New Holland*), za produktowy rynek właściwy została uznana dystrybucja traktorów, kombajnów oraz kosiarek, a zatem towarów funkcjonujących na różnych rynkach z punktu widzenia kupującego. Jednakże, skoro towary te są dystrybuowane przez tych samych dystrybutorów, Komisja uznała dalsze rozdrobnienie tego rynku za niecelowe. Również w sprawie *Linde AG/Fiat* (decyzja Komisji z 28.09.1992r.) uznano za jeden rynek produktowy dystrybucję samochodów, bez dalszej segmentacji tego rynku¹. Podobne stanowisko w kwestii określenia rynku właściwego zajął również organ antymonopolowy, który w jednej z decyzji uwzględniając szczebel obrotu, uznał za właściwy rynek produktowy dystrybucję kotłów grzewczych, mimo tego, że z punktu widzenia finalnego odbiorcy rynek ten mógłby podlegać dalszej segmentacji². Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpatrując odwołanie od tej decyzji, podtrzymał ustalenia Prezesa Urzędu co do rynku produktowego w tej sprawie. Wskazał także, iż przy określaniu rynku produktowego należy m.in., obok towaru na nim oferowanego, wziąć pod

¹ S. Gronowski, *Ustawa Antymonopolowa Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999,

² Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 września 2004 r., nr RPZ 21/2004

uwagę fazę obrotu towarowego (zbyt, hurt, detal) oraz określić, w jakim zakresie uczestnicy rynku poddani są współzawodnictwu ze strony konkurencji³.

Stąd też organ antymonopolowy uznał w rozpatrywanej sprawie za uzasadnione uwzględnienie przy określaniu rynku produktowego, również fazy obrotu farbami i lakierami. W rozpatrywanej sprawie porozumienie to zostało zawarte pomiędzy Polifarbem Cieszyn SA tj. producentem farb i lakierów, a nabywcą tj. Leroy-Merlin - marketem budowlanym typu „DIY”, czyli na rynku zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY”.

Na rynku tym od strony podażowej funkcjonują producenci i importerzy farb i lakierów natomiast od strony popytowej markety budowlane typu „DIY” w tym też Leroy-Merlin.

W ocenie organu antymonopolowego rynek marketów budowlanych typu „DIY” jest osobnym rynkiem od innych kanałów dystrybucji farb i lakierów dekoracyjnych. Wynika to z jednej strony ze specyfiki funkcjonowania marketów budowlanych, które oferują szeroką gamę materiałów budowlanych takich jak: materiały metalowe, narzędzia elektryczne i inne narzędzia, art. elektryczne, oświetlenie, art. sanitarne, materiały budowlane, stolarka oraz art. ogrodnicze, wykorzystywane przez gospodarstwa domowe w trakcie budowy czy też remontów domów i mieszkań, co powoduje, iż inne sposoby dystrybucji materiałów budowlanych w tym farb i lakierów nie są w pełni substytucyjne dla marketów budowlanych typu „DIY”. Podobne stanowisko zajęła również Komisja Europejska w swoich decyzjach⁴ w których uznała, że rynek marketów budowlanych typu „DIY”, jest osobnym rynkiem produktowym, który może podlegać dalszej segmentacji.

Ponadto za uznaniem za właściwy rynek produktowy w tej sprawie rynku zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY”, przemawia również specyfika rozpatrywanego porozumienia tj. przyznania Leroy-Merlin przez Polifarb Cieszyn SA wyłączności za zakup określonego rodzaju farby spośród działających na rynku krajowym marketów budowlanych. Należy zauważyć, iż również producenci farb i lakierów uznają markety budowlane za osobny kanał dystrybucji, o czym świadczy chociażby treść umowy zawartej pomiędzy Polifarb Cieszyn SA a Leroy-Merlin z której wynika, iż przedsiębiorca ten uzyskał wyłączność na rynku marketów budowlanych typu „DIY”.

Stąd też organ antymonopolowy uznał, iż rynkiem produktowym w tej sprawie jest rynek zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY”.

Rynek geograficzny

Biorąc pod uwagę definicję rynku właściwego wynikającą z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rynkiem geograficznym właściwym w danej sprawie jest obszar na którym biorąc pod uwagę bariery dostępu do tego rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

W ocenie organu antymonopolowego rynkiem właściwym w niniejszej sprawie w ujęciu geograficznym dla rynku zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY” jest rynek krajowy.

Jak ustalił organ antymonopolowy w postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym badania rynku farb i lakierów (RKT-401-02/06/MK), brak jest barier celnych wewnątrz krajów Unii Europejskiej utrudniających import tych towarów. Jednakże z przeprowadzonego przez organ antymonopolowy badania rynku wynika, iż zdaniem większości przedsiębiorców działających na rynku polskim produkcji i sprzedaży hurtowej tych wyrobów, rynek ten jest rynkiem krajowym. Wynika to jak wskazali w trakcie badania rynku ankietowani przedsiębiorcy z faktu, iż przed wprowadzeniem do obrotu na rynek polski farb i lakierów, istotne jest uzyskanie odpowiednich atestów i pozwoleń organów krajowych takich jak np. Polskiego Zakładu Higieny oraz uzyskania certyfikatu zgodności z Polską Normą lub Aprobaty Technicznej Instytutu Techniki Budowlanej.

Ponadto argumentem przemawiającym za tym, iż rynek farb i lakierów jest rynkiem krajowym jest strona popytowa tego rynku, gdyż zarówno tacy odbiorcy jak hipermarkety budowlane jak też i

³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt XVII AmA 130/04

^{4,2} Np. decyzja No Comp/M.2804 w spr. koncentracji VENDEX KBB/BRICO BELGIUM, decyzja No IV/M.1333 w spr. koncentracji Kingfisher/Castorama.

hurtownie chemiczne, w zdecydowanej większości zaopatrują się u rodzimych producentów. W części jest to z pewnością spowodowane tym, że finalni odbiorcy tj. konsumenci przywiązani są do rodzimych producentów działających od wielu lat na rynku polskim takich jak Polifarb Cieszyn SA czy też „Śnieżka” SA, których to wyroby od wielu lat cieszą się zaufaniem konsumentów (w związku z czym posiadają znaczny udział na tym rynku) jak też i cechują się niższymi cenami od cen wyrobów importowanych. Stanowisko to jest zgodne również z orzecznictwem Komisji Europejskiej. W decyzji z dnia 29.04.1998r. w sprawie koncentracji ICI/WILLIAMS (Case No IV/M.1167), Komisja nie przesądziła co prawda ostatecznie tej kwestii ale uznała, iż dla rynku farb i lakierów właściwym rynkiem geograficznym jest rynek krajowy z uwagi na relatywnie niską wymianę handlową pomiędzy krajami oraz różnice w wysokości cen w poszczególnych krajach.

Powyższe stanowisko dotyczące rynku geograficznego farb i lakierów znalazło również swoje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie organu antymonopolowego dotyczącym tego rynku produktowego⁵ jak i wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁶.

Ostatecznie organ antymonopolowy uznał, iż rynek zakupu farb i lakierów, w tym w szczególności szczebel ich zakupu przez markety budowlane typu „DIY”, wykazuje cechy rynku krajowego. Przemawia za tym zarówno przywiązanie konsumentów do krajowych marek jak i nabywanie przez sieci handlowe oraz hurtownie chemiczne farb i lakierów rodzimej produkcji. Należy przy tym zauważyć, iż zakupy przez markety budowlane typu „DIY” towarów w tym farb i lakierów jest dokonywane zwykle przez centralę krajową danej sieci handlowej, stąd też rynek ten nie jest zróżnicowany regionalnie. Należy zauważyć, iż również porozumienie zawarte pomiędzy Polifarb Cieszyn SA a Leroy-Merlin dotyczyło w tym samym stopniu wszystkich sklepów tej sieci, stąd też uznanie za rynek właściwy w tej sprawie rynku krajowego jest uzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia organ antymonopolowy uznał, iż rynkiem właściwym w tej sprawie jest rynek krajowy zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY”.

Istota i skutki zawartego porozumienia

Stronom niniejszego postępowania został postawiony zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów polegającego na przyznaniu przez Polifarb Cieszyn SA w umowie handlowej zawartej z Leroy-Merlin wyłączności na rynku marketów budowlanych typu „DIY”, na farbę ścienną Cieszynka Plus w opakowaniu 10 l. w 50 specyficznych kolorach, barwioną przy pomocy komputerowego systemu barwienia K99 Kolor System, co może być porozumieniem ograniczającym konkurencję o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, polegającym na ograniczeniu zbytu towaru.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 i pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez porozumienia rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami lub związkami przedsiębiorców albo niektóre postanowienia tych umów, a także uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub też uchwały i inne akty zobowiązań przedsiębiorców lub ich organów. Szczególnym rodzajem porozumień są porozumienia dystrybucyjne zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup towarów dokonywany z zamiarem ich dalszej odsprzedaży.

Porozumienia takie są zakazane zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jeśli ich celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji. Tym samym ustawodawca przewidział, iż dla uznania porozumienia za ograniczające konkurencję wystarczające jest wykazanie, iż celem lub skutkiem zawartego porozumienia było naruszenie reguł konkurencji na rynku.

Dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel umowy, a nie subiektywne wyobrażenia jej stron o celach czy motywach działania. Wykazanie

⁵ Np. decyzja nr DOK-106/06, decyzja nr RKT-79/2007, nr RKT-114/2008.

⁶ Wyrok SOKIK z dnia 29.05.2008r. sygn. akt XVII Ama 53/07.

antykonkurencyjnego celu porozumienia pozwala zatem ograniczyć się do oceny formalnych elementów porozumienia, jakimi są w szczególności jego treść, ale także powody czy okoliczności jego zawarcia, tzw. kontekst ekonomiczny zawarcia porozumienia⁷. W razie uznania, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, nie ma już potrzeby badania skutków tego porozumienia na rynku oraz udowadniania, że wywołało ono negatywne dla konkurencji skutki na rynku. Stąd też warunkiem wystarczającym do stwierdzenia zawarcia porozumienia, jest wykazanie, iż przedsiębiorcy zrezygnowali ze swej suwerenności decyzyjnej lub jej części poprzez np. zawarcie w umowie uregulowań przyznających w umowie wyłączność sprzedaży określonego rodzaju towarów. Przykładowo Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 7 listopada 2005 r. uznał, iż stwierdzenie wskazanej w art. 5 obowiązującej uprzednio ustawy z dnia 15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst. jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080 ze zmian.) praktyki, następuje w drodze wykazania wspólnych uczestnikom porozumienia zachowań, nawet jeżeli na rynku nie ujawniają się antykonkurencyjne skutki takiego działania.⁸ Dlatego też bez znaczenia dla stwierdzenia zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia, jest czy na skutek jego zawarcia, wystąpiły skutki antykonkurencyjne oraz czy doszło do zrealizowania zawartego porozumienia przez jego uczestników. Okoliczności te mogą mieć jedynie wpływ na ocenę stopnia szkodliwości zawartego porozumienia.

Porozumienia ograniczające konkurencję (polegające na ograniczaniu lub też kontrolowaniu zbytu towaru) zarówno w prawie konkurencji jak i w orzecznictwie organów ochrony konkurencji, uznawane są za jedne z najcięższych naruszeń tego prawa, zniekształcających konkurencję na rynku lub też zmierzających do jej zniekształcenia, oddziałującymi niekorzystnie na uczestników rynku tj. nie tylko na uczestników porozumienia ale i na ich kontrahentów. Poprzez zawarcie niedozwolonego porozumienia, konkurenci rezygnują ze swobody decyzyjnej, jaka istnieje gdy mechanizmy konkurencji działają w sposób nieskrępowany. Natomiast konsumenci zostają pozbawieni możliwości wyboru na rynku najkorzystniejszej oferty.

Porozumienia mogą być zarówno porozumieniami poziomymi tj. zawieranymi przez konkurentów, jak i pionowymi czyli zawieranymi przez przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu towarowego. Do porozumień pionowych zalicza się w szczególności porozumienia dystrybucyjne, zawierane przez producentów lub importerów z odbiorcami, których skutkiem może być np. ustalanie cen odsprzedaży czy też ograniczenie lub też kontrolowanie zbytu towaru.

Przykładowy wykaz zachowań przedsiębiorców na rynku, które mogą być uznane za porozumienia ograniczające konkurencję zawiera art. 6 ust. 1 w pkt od 1 do pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednym z rodzajów porozumień są porozumienia polegające na ograniczaniu lub też kontrolowaniu zbytu towaru, które w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 2 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem zakazane są w szczególności porozumienia, polegające na ograniczeniu lub kontrolowaniu zbytu towarów zarówno pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu (tzw. porozumienia horyzontalne) lub też pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (tzw. porozumienia wertykalne). „Wertykalne porozumienia dotyczące ograniczenia lub kontrolowania produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji mogą w szczególności polegać na wskazaniu przez dostawcę określonych produktów, listy podmiotów, którym dany produkt może być odsprzedawany lub listy podmiotów, którym odsprzedaż zagwarantowano innemu dystrybutorowi...”⁹.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do porozumień o jakich mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie stosuje się wyłączeń o jakich mowa w jej art. 7 ust. 1. Ponadto art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Podobne uregulowania zawierał również art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W dniu 13.08.2002r. zostało wydane na podstawie art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia

⁷ Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Warszawa 2008. Str. 253.

⁸ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r. XVII Ama 26/04

⁹ „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.” Wydawnictwo Lexis Nexis. Warszawa 2009r. Str. 204.

15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 142, poz. 1189), obowiązujące do dnia 31.12.2007r. Natomiast od dnia 01.01.2008r. obowiązuje rozporządzenie z dnia 19.11.2007r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 230, poz. 1691).

Zgodnie z § 2 pkt 4 rozporządzenia z dnia 19.11.2007r., poprzez zobowiązania wyłącznej dostawy, rozumie się klauzule zawarte w porozumieniach, na mocy których dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wyłącznie jednemu nabywcy w celach określonego wykorzystania lub odsprzedaży. Zgodnie z § 3 ust. 1 ww. rozporządzenia, porozumienie takie może podlegać wyłączeniu, o ile spełnia warunki określone w rozporządzeniu. Natomiast § 4 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi, iż w przypadku gdy porozumienie wertykalne zawiera zobowiązania wyłącznej dostawy, wyłączenie stosuje się, jeżeli udział nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca, w rynku właściwym zakupu towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, udział ten oblicza się na podstawie wartości zakupu towarów objętych porozumieniem, a także wartości zakupu innych towarów, które ze względu na ich właściwości, cenę i przeznaczenie są uznawane przez ich nabywców za substytuty. Udział ten oblicza się na podstawie danych dotyczących roku kalendarzowego poprzedzającego rok zawarcia porozumienia.

Ponadto zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia, jeżeli udział, o którym mowa w § 4 nie przekracza 30%, ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednakże 35%, wyłączenie stosuje się również przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy. Natomiast jeśli udział o którym mowa w § 4 rozporządzenia, nie przekracza 30% ale po zawarciu porozumienia wzrasta powyżej 35%, wyłączenie stosuje się również przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 35% został przekroczony po raz pierwszy.

Okres wyłączenia, o którym mowa w ust. 1, nie może łącznie trwać dłużej niż dwa kolejne lata kalendarzowe po upływie roku, w którym udział, o którym mowa w § 4 przekroczył 30%.

Analogiczne w swojej treści uregulowania zawierało również rozporządzenie z dnia 13.08.2002r., w jego § 5 ust. 2 oraz § 6 i § 7.

Jak przedstawiono to w opisie stanu faktycznego, zapis w umowach handlowych pomiędzy Polifarb Cieszyn SA a Leroy-Merlin, został zamieszczony w 2005r. oraz 2006r. Takowego zapisu nie było w umowie handlowej na rok 2003r. obowiązującej również w roku 2004r. (karta nr 55 oraz karty od nr 79 do nr 84). Zapisy świadczące o zawarciu porozumienia zostały zamieszczone dopiero w umowie na rok 2005r. zawartej 08.02.2005r. Wobec powyższego zgodnie z § 5 ust. 3 rozporządzenia z dnia 11.12.2007r., rokiem kalendarzowym poprzedzającym rok zawarcia porozumienia, był rok 2004r.

Ponieważ zgodnie § 4 ust. 2 porozumienie wyłącznej dostawy podlega wyłączeniu w przypadku gdy udział nabywcy i jego grupy kapitałowej w rynku właściwym zakupu towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%, konieczne w tej sprawie jest ustalenie udziału Leroy-Merlin w rynku zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY” w roku poprzedzającym zawarcie porozumienia tj. w 2004r.

Na podstawie informacji udzielonych przez markety budowlane typu „DIY”, organ antymonopolowy ustalił następujący udział w rynku zakupu farb i lakierów przez poszczególne markety budowlane w roku 2004 oraz latach 2005 i 2006 (tajemnica przedsiębiorców- pkt 2 załącznika do niniejszej decyzji).

Jak wynika z tych informacji udział Leroy-Merlin w 2004r. tj. w roku poprzedzającym zawarcie porozumienia, na rynku zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY” nie przekroczył 30%. Również w dwóch kolejnych latach tj. w 2005r. oraz 2006r. udział Leroy-Merlin na tym rynku był niższy niż 30%.

Tym samym biorąc pod uwagę udział Leroy-Merlin w rynku zakupu farb i lakierów przez markety budowlane typu „DIY” oraz uregulowania zawarte w § 4 ust. 2 oraz w § 6 rozporządzenia z dnia 11.12.2007r., należy uznać, iż porozumienie zawarte pomiędzy Polifarb Cieszyn SA oraz Leroy-Merlin podlegało wyłączeniu na podstawie tych przepisów rozporządzenia.

Z uwagi na to, iż analogiczne postanowienia dotyczące wyłączenia porozumienia wertykalnego dotyczącego wyłącznej dostawy zawiera § 5 ust. 2 oraz § 6 i § 7 rozporządzenia z dnia 13.08.2002r., należy uznać, iż przedmiotowe porozumienie podlegało wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy, zarówno w świetle aktualnego jak i poprzedzającego go rozporządzenia obowiązującego do dnia 31.12.2007r.

Wynika z tego, iż przedmiotowe porozumienie nie podlega ocenie w świetle przepisu art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stąd też należy uznać je za bezprzedmiotowe.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2003r. (sygn. akt II SA/Kr 2361/2002) Naczelnego Sądu Administracyjnego – Wydział Zamiejscowy w Krakowie, postępowanie administracyjne należy umorzyć, gdy zachodzi bezprzedmiotowość sprawy. Jednocześnie sąd ten wskazał, że przez bezprzedmiotowość należy rozumieć brak przedmiotu postępowania, którym jest konkretne uprawnienie lub obowiązek indywidualnego podmiotu.

Ponieważ jak wskazano to powyżej przedmiotowe porozumienie zawarte pomiędzy Polifarb Cieszyn SA a Leroy-Merlin podlega wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, brak jest podstaw do oceny tego porozumienia w świetle przepisów art. 6 tej ustawy, stąd też postępowanie to jest bezprzedmiotowe.

Stosownie do art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed organem antymonopolowym stosuje się – z wyłączeniem spraw dotyczących dowodów (art. 84 tej ustawy) – przepisy ustawy Kodeks postępowania administracyjnego. Art. 105 k.p.a. stanowi, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. „...Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym” (B. Adamiak i J. Borkowski – Kodeks postępowania administracyjnego – Komentarz, C.H. BECK, Warszawa 1996, str. 462).

W niniejszej sprawie okoliczność wyłączenia analizowanego porozumienia spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, istniała co prawda już przed wszczęciem niniejszego postępowania antymonopolowego, jednakże dopiero przeprowadzone postępowanie dowodowe, wykazało bezprzedmiotowość tego postępowania, powodując konieczność jego umorzenia.

Należy w tym miejscu wskazać, iż w wyroku z dnia 28.06.1995r. (sygnatura akt XVII Amr 24/95) Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Antymonopolowy orzekł, że uzasadnienie decyzji o umorzeniu postępowania wydawanej na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. nie może zawierać treści dotyczących rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty, czy też w inny sposób wyrażać stanowiska organu antymonopolowego w zakresie zasadności zarzutów sformułowanych we wszczęciu postępowania. Z uwagi na powyższe brak jest podstaw do rozważenia w przedmiotowej decyzji dalszych kwestii związanych z tą sprawą.

Stąd też orzeczono jak w sentencji niniejszej decyzji.

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

Maciej Fragsztajn
Dyrektor Delegatury