



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 19 grudnia 2006 r.

DOK-410-3/05/EP

DECYZJA nr DOK - 158/06

Na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **odmawia wszczęcia** na wniosek Bonus Systems Polska S.A. z siedzibą w Warszawie postępowania antymonopolowego pod zarzutem stosowania praktyk ograniczających konkurencję na rynku bonów towarowych poprzez zawieranie przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie porozumień z sieciami hipermarketów i supermarketów: Carrefour z siedzibą w Warszawie, Auchan z siedzibą w Piasecznie, Tesco z siedzibą w Krakowie, Real z siedzibą w Warszawie i Ahold z siedzibą w Krakowie, na podstawie których klienci realizujący bony towarowe Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. w placówkach handlowych tych sieci uzyskują dodatkowe upusty przy zakupie towarów, co mogłoby naruszać przepis art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

UZASADNIENIE

W dniu 7 listopada 2005 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wpłynął od Bonus Systems Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „Bonus Systems” lub „Wnioskodawcą”, wniosek z dnia 7 listopada 2005 r. o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednol. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji”, przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej „Sodexho Pass Polska”). Wnioskodawca zarzucił Sodexho Pass Polska zawarcie porozumień w postaci umów z sieciami hipermarketów i supermarketów: Carrefour, Auchan, Tesco, Real i Ahold, na podstawie których klienci realizujący bony towarowe Sodexho Pass Polska w placówkach handlowych tych sieci

uzyskują dodatkowe upusty przy zakupie towarów, co może naruszać przepis art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji. Według Wnioskodawcy umowy te zostały zawarte, gdyż Sodexho Pass Polska wykorzystwała swoją przewagę monopolistyczną na rynku bonów towarowych. Upusty dotyczą tylko klientów legitymujących się bonami Sodexho Pass Polska, natomiast korzyści wynikające z zawartych porozumień decydują o zakupie przez firmy bonów towarowych tej Spółki, ponieważ u innych operatorów takich korzyści nie otrzymują. Wynikiem powyższych umów jest dramatyczne zmniejszenie konkurencyjności usług Bonus Systems, a klienci kupujący dotychczas u Wnioskodawcy kierują się do Sodexho Pass Polska, gdyż tylko bony tej Spółki są dodatkowo promowane przez duże upusty przy ich realizacji. Zdaniem Wnioskodawcy agresywna polityka Sodexho Pass Polska w stosunku do innych operatorów, mająca na celu ich eliminację z rynku, spowodowała eliminację Cheque Dejeuner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ograniczenie działalności firmy Accor Services Polska z siedzibą w Warszawie.

Charakteryzując rynek, na którym działa Bonus Systems, Wnioskodawca wskazał m.in., że monopolistą na rynku bonów jest Sodexho Pass Polska, która posiada ponad 90 % udział w rynku, licząc sprzedaż niezależnych agentów, oraz ponad 60 % wliczając sprzedaż bonów przez sieci hipermarketów, a Bonus Systems pozostaje jedynym realnym konkurentem tej Spółki wśród niezależnych operatorów. Wnioskodawca wskazał, że rynek bonów w blisko 90 % składa się z bonów podarunkowych w wersji papierowej lub elektronicznej, a usługa jest wybitnie sezonowa, bowiem w 80 % realizowana jest w dwóch miesiącach roku (listopadzie i grudniu).

Bonus Systems jako podstawę prawną naruszenia wskazała także art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji, ograniczając się do przytoczenia treści tego postanowienia ustawy.

Jednocześnie Bonus Systems wniosła o wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji, zgodnie z art. 88 ustawy o ochronie konkurencji, zobowiązującej Sodexho Pass Polska i wskazane we wniosku sieci sklepów do natychmiastowego zaniechania stosowania oraz komunikacji niedozwolonych porozumień w celu zapobieżenia zagrożeniu eliminacji Bonus Systems z rynku.

Z uwagi na fakt, iż złożony przez Bonus Systems wniosek nie spełniał warunków określonych w art. 84 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji, gdyż Wnioskodawca nie uprawdopodobnił naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 oraz art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i nie wskazał, jakie konkretnie działania Sodexho Pass Polska stanowią naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji, organ antymonopolowy, działając na podstawie art. 84 ust. 2a ustawy o ochronie konkurencji w dniu 21 listopada 2005 r. wezwał

Bonus Systems do uzupełnienia wniosku w powyższym zakresie, wyznaczając termin odpowiedzi na 7 dni od daty otrzymania tego pisma.

Jednocześnie w dniu 23 listopada 2005 r. organ antymonopolowy postanowił wszcząć z urzędu na podstawie art. 43 ust. 1 w związku z art. 85 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji, postępowanie wyjaśniające mające na celu uzyskanie dodatkowych informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego. W ramach tego postępowania skierował w dniu 28 listopada 2005 r. pytania do Bonus Systems, Sodexho Pass Polska, Accor Services Polska Sp. z o. o., Wasza Żywniowa Polska Sp. z o. o., Cheque Dejeuner Sp. z o. o., Auchan Polska Sp. z o. o., „Real, - Sp. z o.o. i Spółka” Spółka Komandytowa, Tesco Polska Sp. z o. o., Piotr i Paweł Sp. z o.o. Carrefour Polska Sp. z o. o., Ahold Polska Sp. z o. o. oraz w dniu 29 listopada 2005 r. do Geant Polska Sp. z o.o.

Odpowiadając na wezwanie organu antymonopolowego z dnia 21 listopada 2005 r. Bonus Systems pismem z dnia 28 listopada 2005 r. uzupełniła wniosek w zakresie zarzutu z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji podkreślając, że skutkiem zawartych porozumień z sieciami handlowymi przez Sodexho Pass Polska jest wyeliminowanie konkurentów, w tym Bonus Systems, z rynku usług emisji i sprzedaży bonów towarowych. W odniesieniu do art. 8 ust. 1 ww. ustawy Wnioskodawca poprzestał na zacytowaniu ustawowego brzmienia tego przepisu, wskazując, że zawiera on otwarty katalog naruszeń, oraz stwierdzeniu, że: *„Spółka Sodexho Pass Polska narusza art. 8 ust. 1 w sposób ewidentny, gdyż tylko ona była w stanie narzucić hipermarketom w sobie tylko znany sposób umowy dotyczące realizacji z upustem swoich bonów. Jest to nierozzerwalnie związane z jej monopolistyczną pozycją i wielkością obrotów, jakie ona ma z poszczególnymi hipermarketami. Żaden z wyszczególnionych hipermarketów nie zaproponował tej formy promocji naszej Spółce”*.

Zatem Wnioskodawca nie uprawdopodobnił naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i nie uczynił tego również podczas toczącego się postępowania wyjaśniającego.

Wobec nieuzupełnienia wniosku w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji w wyznaczonym terminie Prezes Urzędu zgodnie z art. 85 ust. 4 tej ustawy odmówił wszczęcia postępowania antymonopolowego w tym zakresie postanowieniem z dnia 18 grudnia 2006 r.

W trakcie postępowania wyjaśniającego organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Wnioskodawca

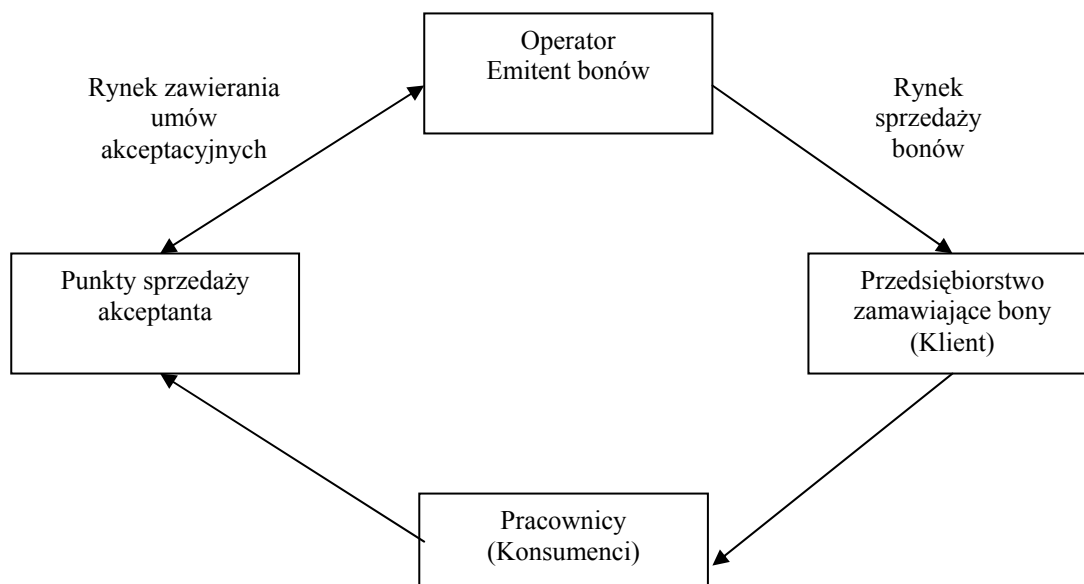
Bonus Systems jest obecna na polskim rynku od 2002 r. i jest spółką kontrolowaną przez kapitał polsko-angielski. Jej działalność polega na emisji kuponów i kart usługowych (bonów towarowych – podarunkowych, premiowych, żywieniowych) oraz ich sprzedaży firmom i instytucjom (klientom) w całym kraju, nabywającym je w celu udostępnienia ich innym podmiotom (zazwyczaj pracownikom wyżej wymienionych firm i instytucji), oraz na zawieraniu pisemnych porozumień z firmami akceptującymi (akceptanci) realizację dokonanych zakupów tymi kuponami przez konsumentów.

Sodexho Pass Polska

Spółka jest obecna na polskim rynku od 1998 r.; należy do francuskiej korporacji Sodexho Alliance. Przedmiot jej działalności jest taki sam jak Wnioskodawcy.

Obieg handlowy bonów towarowych przedstawia Schemat nr 1.

Schemat nr 1 Wzajemne relacje pomiędzy emitentem bonów, klientem, konsumentami a akceptantem.



W toku postępowania wyjaśniającego organ antymonopolowy zwrócił się do działających w kraju emitentów bonów towarowych o przedstawienie ich działalności, w szczególności o informacje dotyczące umów zawieranych z przedsiębiorcami akceptującymi bony emitowane przez określoną firmę, w tym o przedstawienie stosowanych procentowych

i/lub kwotowych upustów (rabatów) dla konsumentów realizujących bony. Prezes Urzędu wystąpił także do ww. sieci sklepów wielkopowierzchniowych o opis ich działalności w charakterze emitenta oraz akceptanta bonów towarowych.

I. Stan prawny

Emitenci bonów towarowych, w tym Bonus Systems i Sodexho Pass Polska oraz akceptanci, są przedsiębiorcami na mocy art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji, wobec czego działania tych spółek, w tym zawieranie umów, podlega ocenie pod kątem ewentualnego naruszenia art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji, w świetle którego „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym”, oraz art. 8 tej ustawy, zgodnie z którym „zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców”.

W świetle obowiązujących przepisów bony towarowe są znakami legitymacyjnymi (zgodnie z art. 921¹⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny, znaki legitymacyjne stwierdzają w swej treści obowiązek świadczenia na żądanie wierzyciela). Znaki legitymacyjne uprawniają ich posiadacza do otrzymania określonego rodzaju świadczeń rzeczowych, a zatem bony towarowe uprawniające do bezgotówkowych zakupów towarów lub usług są znakami legitymacyjnymi, które wyrażają uprawnienia przysługujące ich okazicielom.

II. Stan faktyczny

Działalność konkurencyjną na rynku emisji bonów towarowych prowadzą dwie grupy przedsiębiorców. Pierwszą z nich stanowią tzw. operatorzy. Są to przedsiębiorcy, którzy zajmują się emisją i sprzedażą znaków legitymacyjnych, także w drodze przetargów, nie posiadają natomiast własnych punktów handlowych. Drugą grupę stanowią sieci handlowe, które emitują i sprzedają własne bony towarowe, akceptowane głównie przez ich własne placówki handlowe. Placówki te akceptują jednocześnie bony towarowe operatorów, z którymi zawarły umowy o akceptowanie bonów towarowych. Dodać należy, że bony towarowe akceptują także inne placówki handlowe i usługowe nie należące do sieci handlowych.

Operatorzy organizują cały system obrotu emitowanymi przez siebie bonami, obejmujący wszystkie działania począwszy od projektu, specjalnego druku, paczkowania,

wysyłki bonów do klienta aż po rozliczanie bonów z punktami usługowymi i handlowymi (akceptantami).

Do grupy operatorów w 2005 r. należało pięciu przedsiębiorców emitujących bony towarowe, tj.:

- Sodexho Pass Polska,
- Bonus Systems,
- Accor Services Polska Sp. z o. o., dalej „Accor”, obecna na polskim rynku od 1995 r., należy do francuskiego koncernu, do którego należą także sieci hoteli (Ibis, Novotel, Mercure, Sofitel, Orbis),
- Wasza Żywieniowa Polska Sp. z o. o., dalej „Wasza Żywieniowa”, obecna na polskim rynku od 2002 r., należy do czeskiej grupy W.A.S.A. – Group a. s. z siedzibą w Brnie, Czechy,
- Cheque Dejeuner Sp. z o. o., dalej „Cheque Dejeuner”, obecna na polskim rynku od 1999 r., należy do francuskiej grupy kapitałowej, która poza Francją prowadzi działalność także we Włoszech, Hiszpanii, Czechach, na Słowacji i na Węgrzech; w II połowie 2005 r. spółka wycofała się z polskiego rynku emisji i sprzedaży bonów towarowych.

Wszyscy wymienieni operatorzy posiadają siedziby w Warszawie. Operatorzy czerpią swój dochód z prowizji płaconej im zarówno przez zamawiających bony, jak i przedsiębiorców akceptujących bony (akceptantów). Wysokość prowizji ustalana jest każdorazowo indywidualnie podczas zawierania umowy, a jej wielkość zależy od siły przetargowej kontrahentów.

Do drugiej grupy przedsiębiorców należą działające w Polsce zagraniczne sieci handlowe, a także sieci rodzime, które emitują i sprzedają własne bony towarowe. Głównym przedmiotem działalności tych przedsiębiorców jest sprzedaż detaliczna. Tym samym sieci handlowe występują w podwójnej roli: z jednej strony są emitentami bonów, a co za tym idzie konkurentami operatorów, z drugiej strony są akceptantami bonów innych emitentów na mocy zawartych z nimi umów, które odzwierciedlają powiązania wertykalne z rynkiem emisji bonów.

Odbiorcami bonów towarowych są pracodawcy, w tym urzędy administracji, firmy zarówno średniej wielkości, regionalne, jak i duże, ogólnopolskie, którzy oferują je swoim pracownikom. Za dostarczenie odbiorcy zamówionych bonów emitent bonów pobiera prowizję, wynoszącą od ok. jednego do kilku procent wartości nominalnej bonów plus VAT.

Popularność bonów wynika z faktu, że od ich sprzedaży nie trzeba odprowadzać podatku VAT (podatek płaci się jedynie od wysokości prowizji należnej emitentowi).

Dodatkowo od otrzymanych bonów finansowanych z funduszu socjalnego ani pracownik ani pracodawca nie musi odprowadzać składek na ZUS. Jednak wartość otrzymanych przez pracownika bonów stanowi przychód podlegający opodatkowaniu.

Na rynku dostępnych jest kilka rodzajów bonów towarowych: podarunkowe, premiowe, kulturalno-rekreacyjne oraz żywieniowe. Te ostatnie wyróżnia to, iż zwolnione są one ze składek ZUS do wysokości 190 zł miesięcznie, ale można za nie kupić jedynie gotowe posiłki w punktach gastronomicznych lub artykuły spożywcze w sklepach, z wyjątkiem alkoholu i papierosów.

W okresach świątecznych emitenci bonów organizują często promocje, dzięki którym osoby robiące zakupy za pomocą bonów dostają zniżki w wybranych sklepach. Zgodnie z art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej „ustawa o znk”, emitowanie i realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary i usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej, oraz emitowanie i realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary i usługi powyżej wartości nominalnej znaku jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu art. 105 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2004 r. Nr 173 poz. 1807 ze zm.), stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. Ponieważ emitenci nie mogą oferować bonów poniżej ich wartości nominalnej, to akceptanci (w przypadku sieci wielkopowierzchniowych może to być ten sam podmiot gospodarczy) udzielają upustów od wartości nominalnej dokonanych zakupów przy pomocy bonów towarowych określonego emitenta. Tak więc koszty rabatu pokrywane są przez akceptanta, a nie emitenta. W przypadku umów z operatorami akceptanci zobowiązują się na podstawie dodatkowej umowy do udzielania rabatów w zamian za np. reklamę swojej firmy na awersach bonów lub osobnych kuponach dołączanych do bonów. Dlatego też umowy te nazywane są porozumieniami o wspólnych akcjach promocyjno-sprzedazowych.

W latach 2004-2005 struktura rynku emisji bonów kształtowała się następująco:

Pod koniec 2005 r. na rynku emisji bonów towarowych działało czterech konkurujących ze sobą operatorów. Jak wynika z tabeli nr 1 pozycję dominującą na rynku, obliczoną na podstawie wartości wyemitowanych bonów, miała spółka Sodexho Pass Polska. Następne pozycje zajmowały kolejno: Bonus Systems, Accor i Wasza Żywieniowa.

Tabela 1. Wartość wyemitowanych bonów przez operatorów (w tys. zł) i udziały operatorów w rynku (w %) w 2004 r. i 2005 r. *(tajemnica przedsiębiorstwa - § 1 załącznika do decyzji)*

Rok	Sodexho	Bonus	Accor	Wasza Żywieniowa	Cheque Dejeuner	SUMA
2004						100%
2005						100%

Źródło: Dane przedsiębiorców

Po powiększeniu rynku emisji bonów o sześć największych sieci handlowych (Carrefour, Auchan, Tesco, Real, Ahold i Geant), udział Sodexho Pass Polska maleje do ok. *(tajemnica przedsiębiorstwa - § 2 załącznika do decyzji)*. Z drugiej strony przy analizie udziałów sieci handlowych w rynku emisji bonów trzeba uwzględnić fakt, że znaczna część wyemitowanych bonów nie jest sprzedawana (sieci emitują także bony promocyjne i bony wydawane własnym pracownikiem), a tym samym ich udział w rynku może być niższy.

Tabela 2. Wartość wyemitowanych bonów przez emitentów (w tys. zł) i udziały emitentów w rynku (w %) w 2004 i 2005 r. *(tajemnica przedsiębiorstwa - §3 załącznika do decyzji)*

Rok	Sodexho	Bonus	Accor	Wasza Żywieniowa	Cheque Dejeuner	Auchan
2004						
2005						

Rok	TESCO	Carrefour	Real	Ahold	Geant	SUMA
2004						100%
2005						100%

W związku z tym, że na mocy obowiązującej ustawy o znk operatorzy nie mogą udzielać klientom upustów od wartości nominalnej oferowanych bonów, jedną z możliwości zróżnicowania przedstawianej im oferty jest ograniczanie pobieranej prowizji. W przypadku przetargów częstą praktyką jest rezygnowanie przez emitentów z prowizji od klientów. Ponieważ w takim przypadku cena oferty emitentów jest taka sama i kryterium ceny nie

pozwała na rozstrzygnięcie przetargu, Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii (dostępnej na stronie www.uzp.gov.pl) dotyczącej stosowania ustawy o zamówieniach publicznych przy zakupie bonów towarowych wskazał przykładowo na drugie kryterium oceny ofert, którym jest liczba punktów akceptacyjnych danego emitenta. W związku z tym, że emitenci nie mogą konkurować cenowo, to przy zastosowaniu powyższego kryterium zwycięzcą większości przetargów jest Sodexho Pass Polska, która posiada najwięcej punktów akceptacyjnych. Należy jednak zauważyć, że ogłaszający przetargi mogą wybrać inne kryteria oceny ofert, gdyż opinia UZP nie jest dla nich wiążąca, a nadto kryterium liczby punktów akceptujących wskazane jest przez UZP przykładowo.

Liczbę punktów akceptacyjnych należących do operatorów przedstawia tabela nr 3.

Tabela 3. Liczba punktów akceptujących bony towarowe (*tajemnica przedsiębiorstwa - §4 załącznika do decyzji*)

Sodexho	Bonus	Accor	Wasza Żywieniowa	Cheque Dejuner

Źródło: Dane przedsiębiorców (na koniec 2005r.)

Cechą, która charakteryzuje rynek emisji oraz rynek akceptacji bonów towarowych jest również ich sezonowość – większość obrotów przypada na okresy świąteczne, głównie Bożego Narodzenia, gdyż są to okresy wzmożonych zakupów.

Przedmiotem kwestionowanych przez Bonus Systems porozumień są rabaty kwotowe lub procentowe przyznawane klientom wskazanych przez Wnioskodawcę sieci handlowych, płacącym za pomocą bonów towarowych Sodexho Pass Polska. Według Bonus Systems w wyniku zawartych porozumień zmniejszyła się konkurencyjność jej usług, gdyż rabaty na zakupy są jednym z głównych kryteriów przy wyborze emitenta bonów przez zamawiającego. Zaistniała sytuacja, w której tylko Sodexho Pass Polska zawarła porozumienia z większością sieci hipermarketów, doprowadziła zdaniem Bonus Systems do eliminacji tej Spółki z rynku emisji bonów towarowych.

W ramach postępowania wyjaśniającego organ antymonopolowy przeanalizował umowy zawarte pomiędzy badanymi operatorami a akceptantami oraz regulaminy dodatkowych umów o promocjach zawartych pomiędzy tymi operatorami a sieciami sklepów objętych badaniem.

Z zebranego materiału wynika, że:

1. Bony towarowe emitowane przez operatorów są akceptowane przez wszystkie badane sieci sklepów wielkopowierzchniowych; wyjątek stanowią bony towarowe Wasza

Żywnościowa, które nie są akceptowane przez Carrefour i Real, oraz bony Accor, który nie zawarł umowy z Carrefour.

2. Umowy dotyczące rabatów przyznawanych konsumentom realizującym bony towarowe określonego operatora w wybranych punktach akceptujących stosują wszyscy badani akceptanci.
3. Umowy dotyczące rabatów są osobnymi umowami, które nie są powiązane z umowami o akceptację bonów towarowych określonego emitenta.
4. Rabat dla konsumentów posługujących się bonami towarowymi wynika albo z umowy, jak np. zniżki dla konsumentów posługujących się bonami Sodexho Pass Polska w sieciach Carrefour, Auchan, Tesco, Real i Ahold, albo indywidualnej polityki rabatowej sieci handlowej, jak np. sieć Geant, która przyznaje rabaty dla wszystkich płacących bonami towarowymi.
5. Umowy dotyczące rabatów zawierane są na czas określony, zazwyczaj trzech lub czterech miesięcy. Większość umów dotyczy okresów świątecznych, a zwłaszcza okresu Bożego Narodzenia, gdyż jest to okres wzmożonych zakupów.
6. Rabaty opłacane są przez akceptantów, którzy pokrywają je rezygnując z części przychodów własnych. W zamian za udzielane rabaty emitenci bonów promują marki i sklepy akceptantów na stronach internetowych, kuponach dołączanych do bonów, a także na awersach samych bonów.

Odnośnie do zarzutów Bonus Systems wobec Sodexho Pass Polska o zawieraniu umów sprzecznych z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji organ antymonopolowy ustalił, że:

1. Sodexho Pass Polska zawierała z różnymi podmiotami umowy o wspólnych akcjach marketingowo-sprzedażowych, na mocy których Sodexho zobowiązywała się do promocji firmy akceptanta. Jednocześnie do bonów towarowych Sodexho dołączane były kupony rabatowe na towary zakupione przy pomocy bonów w określonych punktach sprzedaży akceptanta.
2. Umowy o wspólnych akcjach marketingowo-sprzedażowych pomiędzy Sodexho Pass Polska i akceptantami zawierane były na różnych warunkach w zależności od wielkości sieci i rodzaju upustu oferowanego dla konsumentów posługujących się bonami Sodexho. Im większy rabat dla posiadacza bonów, tym niższy koszt akcji promocyjnej lub całkowite obciążenie nim Sodexho.

3. Ww. umowy zawierane były na czas określony, zazwyczaj okres świąteczny, bez możliwości dalszego przedłużenia. Przykładowo Sodexho Pass Polska zawarła z (tajemnica przedsiębiorstwa - § 5 załącznika do decyzji).

Organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Zawarte we wniosku Bonus Systems z dnia 7 listopada 2005 r. żądanie wszczęcia postępowania przeciwko podmiotom wymienionym we wniosku nie zasługuje na uwzględnienie.

We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego Wnioskodawca stawia zarzut, iż porozumienia zawarte między Sodexho Pass Polska a wskazanymi sieciami handlowymi są niezgodne z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji, bowiem „Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorstw nieobjętych porozumieniem”. Porozumienia powyższe mają postać umów zawieranych przez Sodexho Pass Polska oddzielnie z każdą z wymienionych sieci, na podstawie których konsumenci realizujący bony towarowe Sodexho Pass Polska w placówkach handlowych tych sieci uzyskują dodatkowe upusty przy zakupie towarów. Zatem kwestionowane porozumienia mają charakter wertykalny, zawierane są bowiem przez przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu.

Interes publiczny

Stosownie do art. 1 ust. 1 ustawy antymonopolowej, ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Powyższy przepis wskazuje, iż ustawa antymonopolowa należy do dziedziny prawa publicznego i jako taka powinna mieć zastosowanie w sytuacji zagrożenia interesu publicznego, a nie interesu jednostkowego.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreślił, iż ustawa antymonopolowa chroni interes publiczny, co wynika z treści jej art. 1 ust. 1, a więc znajduje zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Zdaniem Sądu, pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze stałym i jednolitym. W każdej sprawie powinien on być ustalony i konkretyzowany, co do swych wymagań. Organ administracji publicznej (a więc także Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów)

powinien w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji być rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej. Zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes jednostki, czy też grupy¹.

Podobnie SOKiK wypowiada się na temat art. 1 ust. 2 ustawy antymonopolowej. Stosownie do treści tego przepisu, ww. ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywołać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Tak określony cel ustawy pozwala na przyjęcie, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje zatem zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Ustawa chroni zatem konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać zaś jedynie 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. Ingerencja organów działających na podstawie ustawy antymonopolowej uzasadniona jest tylko wówczas, gdy służy ochronie tak pojętej konkurencji. Celem ustawy nie jest więc ochrona indywidualnego przedsiębiorcy, gdyż indywidualne prawa podmiotowe uczestników obrotu gospodarczego podlegają ochronie w trybie dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym, bądź przed sądem administracyjnym².

Zasadniczą kwestią w niniejszej sprawie byłoby dokonanie przez Prezesa Urzędu oceny, czy zarzucane Sodexho Pass Polska działania naruszyły interes publiczny, tzn. czy skutkami tych działań dotknięty byłby szerszy krąg uczestników rynku, względnie, czy działania te wywołałyby na rynku inne niekorzystne zjawiska.³

Gdyby rzeczywiście Sodexho Pass Polska w jakikolwiek sposób naruszała art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji można by również stwierdzić, że naruszony jest interes

¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 27 czerwca 2001 r., sygn. akt XVII Ama 92/00.

² Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 lutego 2003 r. XVII 38/02.

³ Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003r., sygn. akt I CKN 527/01

publiczny, gdyż ewentualne praktyki ww. Spółki godziłyby w interesy wszystkich konkurujących operatorów.

Rynek właściwy

Przepis art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji definiuje pojęcie rynku właściwego, jako rynku 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 rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Natomiast towarem w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji są rzeczy, jak również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. W niniejszej sprawie towarem w rozumieniu ww. ustawy są bony towarowe niezależnie od rodzaju, czyli podarunkowe, premiowe, kulturalno-rekreacyjne oraz żywieniowe.

W przypadku rozpatrywania umów między emitentem bonów towarowych a akceptantem konieczne jest oddzielenie rynku emisji bonów od rynku akceptacji bonów towarowych. Działania emitentów bonów towarowych na rynku emisji to poza emisją również ich sprzedaż lub przekazywanie nieodpłatne, dystrybucja i rozliczanie. Działania emitentów i akceptantów bonów towarowych na rynku akceptacji to realizacja bonów towarowych, w tym na podstawie, kwestionowanych przez Wnioskodawcę, dodatkowych umów promocyjno-marketingowych.

Ustalając zakres rynku właściwego Prezes Urzędu przyjął, że terytorialnie dotyczy on odbiorcy polskiego. Bony towarowe są emitowane i akceptowane przez podmioty działające na terenie całego kraju. Bony towarowe są znakami legitymacyjnymi dystrybuowanymi na terytorium Polski, których wartość określona jest w złotych polskich i które nie mogą być realizowane poza granicami RP. Stąd też należało uznać, że aspekt geograficzny tego rynku ma wymiar krajowy.

W niniejszej sprawie występują powiązane ze sobą dwa rynki właściwe, a mianowicie: krajowy rynek emisji bonów towarowych i krajowy rynek akceptacji bonów towarowych. Na drugim z tych rynków zawierane są umowy promocyjno-marketingowe określające dodatkowe warunki (rabaty) realizacji umów akceptacyjnych.

Jakkolwiek w petitum wniosku o wszczęcie postępowania Wnioskodawca nie wskazał rynku właściwego, na którym praktyka miałaby mieć miejsce, to zauważyć należy, że w kolejnych pismach (uzupełnieniu wniosku) pojawia się pośrednie wskazanie rynku

właściwego w sprawie, jako rynku bonów towarowych. Organ antymonopolowy nie może zgodzić się z Wnioskodawcą, że rynkiem właściwym w sprawie jest „rynek bonów towarowych” – nie jest to bowiem w ogóle rynek w znaczeniu antymonopolowym, a jedynie wskazanie produktu. Na podstawie analizy wniosku wraz z uzupełnieniem oraz materiału zebranego w postępowaniu wyjaśniającym Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że wniosek Bonus Systems odnosi się do ewentualnych praktyk Sodexho Pass Polska i sieci Carrefour, Auchan, Tesco, Real i Ahold dotyczących realizacji bonów na krajowym rynku akceptowania bonów towarowych, przy czym cele bądź skutki tych działań miałyby wpływać na krajowy rynek emisji bonów towarowych.

Porozumienie ograniczające konkurencję

W niniejszej sprawie należy rozważyć, czy **celem lub skutkiem** porozumień zawartych między Sodexho Pass Polska a sieciami Carrefour, Auchan, Tesco, Real i Ahold na (ustalonym przez organ antymonopolowy) krajowym rynku akceptowania bonów towarowych miało miejsce ograniczenie dostępu do krajowego rynku emisji bonów lub eliminowaniu z tego rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Porozumienie ograniczające konkurencję powinno mieć **potencjalny lub faktyczny wpływ** (cel lub skutek) na konkurencję (wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji). W tym miejscu należy wskazać tezę wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 marca 2004 r.⁴, zgodnie z którym „stosownie do treści art. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zakazane jest samo porozumienie, którego celem **lub** skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub w części.” Dla stwierdzenia naruszenia art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji, w zakresie nie wyłączonym przez art. 6 i 7, nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia, czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel stanowić będzie zakazane porozumienie⁵.

W ocenie Prezesa Urzędu żadna z analizowanych umów nie zawiera postanowień wskazujących na możliwość ograniczenia innym operatorom, w tym Bonus Systems, dostępu do rynku lub eliminowania ich z krajowego rynku emisji bonów towarowych. Umowy Sodexho Pass Polska z sieciami handlowymi o wspólnych akcjach marketingowo-

⁴ sygn.: XVII Ama 40/02.

⁵ Tak samo orzeczenie ETS z dnia 13 czerwca 1966 r. w połączonych sprawach 56&58/64 Consten&Grunding, ECR 299.

sprzedawczych nie mają żadnego związku z umowami akceptacyjnymi pozostałych emitentów bonów towarowych i wszystkie ankietowane sieci handlowe akceptują bony konkurentów, w tym Bonus Systems.

W związku z powyższym nie można przyjąć, że celem zawieranych umów na krajowym rynku akceptacji bonów towarowych było ograniczanie dostępu lub eliminowanie z rynku emisji bonów towarowych przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

O skutku ww. porozumień można by mówić wówczas, gdyby na rynku emisji bonów towarowych doszło do ograniczenia dostępu do tego rynku lub eliminowania z tego rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Analizując możliwość wystąpienia, jako skutku antykonkurencyjnego ww. umów, tj. ograniczenia dostępu lub eliminowania z rynku emisji bonów towarowych przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, zauważyć należy, że:

1. W 2004 r., w ramach promocyjnej akcji Wielkanoc 2004 i Boże Narodzenie 2004, Carrefour współpracował z firmą Bonus Systems, która emitowała bony „Bonus Carrefour” oraz karty płatnicze Bonus+. Współpraca ta nie była kontynuowana w późniejszym okresie z uwagi na, jak wyjaśnił Carrefour, *(tajemnica przedsiębiorstwa - § 6 załącznika do decyzji)*.
2. Wnioskodawca zarówno we wniosku, jak i w toku postępowania wyjaśniającego nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swego zarzutu, iż rabaty udzielane przez akceptantów mają wpływ na wybór Sodexho Pass Polska na rynku sprzedaży bonów, tj. oferowania ich klientom. Zdaniem Prezesa Urzędu w przypadku sprzedaży bonów w drodze przetargu, gdy kryterium wyboru kontrahenta stanowi liczba punktów akceptujących, wybór Sodexho Pass Polska jest jedynie wynikiem dłuższej obecności na rynku, a w związku z tym większej liczby umów i punktów akceptacyjnych tego przedsiębiorcy.
3. Sieci handlowe mogą zawierać i zawierają umowy promocyjno-marketingowe z każdym z operatorów oraz prowadzą samodzielną politykę w zakresie promocji. Potwierdzeniem tego są *(tajemnica przedsiębiorstwa - § 7 załącznika do decyzji)*. O samodzielnym kreowaniu polityki w zakresie promocji przez sieci wielkopowierzchniowe świadczy promocja organizowana z *(tajemnica przedsiębiorstwa - § 8 załącznika do decyzji)* oraz zniżką dla wszystkich płacących bonami oferowana przez sieć Geant.
4. Zgodnie z informacjami opublikowanymi na stronie internetowej Wnioskodawcy (www.bonussystems.pl) konsumenci obecnie posługujący się bonami Bonus Systems mogą korzystać ze zniżek w sieciach hipermarketów Real i Ahold (taka sama zniżka

oferowana jest dla konsumentów obecnie posługujących się bonami Sodexho). W związku z powyższym nie można uznać, że umowy zawarte przez te sieci handlowe z Sodexho Pass Polska zawierają klauzule wyłączności, które uniemożliwiają tym sieciom podpisywanie podobnych umów promocyjno-marketingowych z Bonus Systems lub samodzielne decydowanie o swojej polityce w zakresie promocji.

5. Analizowane porozumienia dotyczące akcji promocyjnych mają na celu zwiększenie obrotu i przyciągnięcie do sklepów akceptanta jak największej liczby konsumentów posiadających bony towarowe. Umowy te są zazwyczaj zawierane w okresie świątecznym, gdyż wtedy większość pracowników otrzymuje bony towarowe oraz wzrasta poziom zakupów opłacanych także przy pomocy bonów. Ponieważ akcje te wiążą się z kosztami i obowiązkami (np. przeszkolenie personelu, rozliczenie bonów) dla akceptanta, może on po analizie rachunku ekonomicznego, ze względu na dodatkowe koszty, nie podpisywać analogicznych porozumień z innymi operatorami.
6. Należy zauważyć, iż umowy o akceptację są ekonomiczną koniecznością zarówno dla operatorów, jak i dla sieci sklepów wielkopowierzchniowych. Umowy o wspólnych akcjach promocyjno-marketingowych zawierane są dla zwiększenia obrotów, w związku z powyższym będą zawierane z podmiotami, które osiągnięcie tego celu gwarantują. Dodatkowo zauważyć należy, iż sieci sklepów wielkopowierzchniowych konkurują pomiędzy sobą ofertą promocyjną w celu przyciągnięcia jak największej liczby klientów.

Zawarcie umów o bliższej współpracy z sieciami sklepów wielkopowierzchniowych jest w interesie operatorów, w tym Sodexho Pass Polska, ze względu na znaczną część obrotów, które operatorzy realizują w tych sieciach. Wiąże się to w konsekwencji z pewną siłą przetargową sieci handlowych przy negocjowaniu umów. Dowodem na siłę przetargową sieci, ich samodzielność i niezależność w podejmowaniu decyzji oraz posługiwanie się rachunkiem ekonomicznym są różnice w wysokości prowizji określonych w umowach akceptacyjnych (*tajemnica przedsiębiorstwa - § 9 załącznika do decyzji*) oraz różne zasady umów promocyjno-marketingowych zawieranych przez Sodexho Pass Polska i sieci handlowe. Nie wydaje się więc prawdopodobne, by sieci zaakceptowały warunki skrajnie niekorzystne dla ich interesu ekonomicznego, mając dodatkowo możliwość wyboru partnerów spośród innych operatorów oraz samodzielnej emisji bonów towarowych. Fakt, iż żaden z wyszczególnionych przez Wnioskodawcę hipermarketów nie zaproponował Bonus Systems formy współpracy analogicznej do tej z porozumienia zawartego z Sodexho, nie może być traktowany jako zarzut

względem Sodexho i tych sieci. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na fakt, że inny operator (*tajemnica przedsiębiorstwa - § 10 załącznika do decyzji*), działający na krajowym rynku emisji oraz akceptacji bonów towarowych również podpisał w badanym okresie umowy promocyjno-marketingowe z siecią (*tajemnica przedsiębiorstwa - § 11 załącznika do decyzji*). Z kolei (*tajemnica przedsiębiorstwa - § 12 załącznika do decyzji*) nie podpisał umowy z (*tajemnica przedsiębiorstwa - § 13 załącznika do decyzji*), który w opinii tej sieci ma zbyt mały potencjał.

Ustalenia powyższe pokazują, iż umowy o akcjach promocyjno-marketingowych zawierane są przez sieci handlowe, które podejmują decyzje samodzielnie. Sieci wielkopowierzchniowe należą do grup kapitałowych będących samodzielnymi podmiotami gospodarczymi, które mają swobodę zawierania umów z wybranymi przez siebie partnerami. Nie mają one obowiązku udzielania różnym partnerom takich samych warunków współpracy.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż ww. umowy nie stanowią w ogóle porozumienia w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji, a tym samym nie mają skutku antykonkurencyjnego, tj. ograniczenia dostępu do rynku lub eliminowania z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Sformułowane powyżej wnioski pozwalają na stwierdzenie, że porozumienia Sodexho Pass Polska i wielkopowierzchniowych sieci Carrefour, Auchan, Tesco, Real i Ahold w zakresie zawierania umów o akcjach promocyjnych nie naruszają przepisu art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji, bowiem nie mają charakteru antymonopolowego, wobec czego nie ma podstaw do wszczęcia postępowania antymonopolowego w tym zakresie.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Dyrektor Departamentu
Ochrony Konkurencji
Monika Bychowska