



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)344 65 87, (071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 410 – 3/08/KK

Wrocław, dn. 03.08.2009 r.

DECYZJA RWR 18/2009

I. Na podstawie art. 11 ust. 2 w związku z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939) w zw. z § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 01 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107 poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienie zawarte pomiędzy **WIDEX Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ślezy** ul. Szyszkowa 4, 55 – 040 Kobierzyce, a następującymi przedsiębiorcami:

1. **Wojciechem Zawadą** prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ACUSTIC Protetyka Słuchu Wojciech Zawada w Oleśnie ul. Obrońców Westerplatte 1, Olesno 46-300,
2. **Jerzym Kielmas** prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą AMPLIVOX Jerzy Kielmas w Warszawie al. Solidarności 60, Warszawa 00-240,
3. **Piotrem Bczyk** prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą BYCZYK Piotr Bczyk w Warszawie ul. Pawińskiego 2, 02 – 106 Warszawa,
4. **Sylwią Gajdą** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Aparaty Słuchowe SYLWIFON Sylwia Gajda w Białobrzegach ul. Krakowska 70 a, Białobrzegi 26-800,
5. **Małgorzatą Komarnicką** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Auris – Ton Aparaty Słuchowe Małgorzata Komarnicka w Gorzowie Wielkopolskim ul. Drzymały 11/11, Gorzów Wielkopolski 66-400,
6. **Dorotą Walkowiak** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Fonik – Aparaty Słuchowe Dorota Walkowiak w Wolicy Wolica 89a, Godziesze 62 – 872,
7. **Andrzejem Lurką** prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowo-Produkcyjna ALEX Andrzej Lurka w Wadowicach ul. Łązówka 40, Wadowicach 34-100,
8. **Piotrem Tonderskim** prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowy Medicare Piotr Tonderski w Białymstoku ul. M. Curie – Skłodowskiej 20, Białystok 15 – 097,

9. **Markiem Gwóźdź** prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą VISUS CL Marek Gwóźdź w Rybniku ul. Kościuszki 59c/8, Rybnik 44-200, na krajowym rynku sprzedaży hurtowej aparatów słuchowych, polegającego na ustaleniu w umowach dystrybucyjnych zawartych pomiędzy WIDEX Polska Sp. z o.o., a wyszczególnionymi powyżej przedsiębiorcami minimalnych cen odsprzedaży aparatów słuchowych odbiorcom końcowym (cen detalicznych) i stwierdza zaniechanie jej stosowania przez **WIDEX Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Ślęzy ul. Szyszkowa 4, 55 – 040 Kobierzyce oraz wskazanych niżej przedsiębiorców:

a) z dniem 02 listopada 2007 r. przez:

- **Wojciecha Zawadę** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ACUSTIC Protetyka Słuchu Wojciech Zawada w Oleśnie ul. Obrońców Westerplatte , Olesno 46-300,
- **Jerzego Kielmas** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AMPLIVOX Jerzy Kielmas w Warszawie al. Solidarności 60, Warszawa 00-240,
- **Sylwię Gajdę** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Aparaty Słuchowe SYLWIFON Sylwia Gajda w Białobrzegach ul. Krakowska 70 a, Białobrzegi 26-800,
- **Małgorzatę Komarnicką** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Auris – Ton Aparaty Słuchowe Małgorzata Komarnicka w Gorzowie Wielkopolskim ul. Drzymały 11/11, Gorzów Wielkopolski 66-400,
- **Andrzeja Lurkę** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowo-Produkcyjna ALEX Andrzej Lurka w Wadowicach ul. Łazówka 40, Wadowicach 34-100,
- **Piotra Tonderskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowy Medicare Piotr Tonderski w Białymstoku ul. M. Curie – Skłodowskiej 20, Białystok 15 – 097,
- **Marka Gwoździa** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą VISUS CL Marek Gwóźdź w Rybniku ul. Kościuszki 59c/8, Rybnik 44-200,

b) z dniem 18 grudnia 2007 r. przez **Dorotę Walkowiak** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Fonik – Aparaty Słuchowe Dorota Walkowiak w Wolicy Wolica 89a, Godziesze 62 – 872,

c) z dniem 12 marca 2009 r. przez **Piotra Bczyk** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYCZYK Aparaty Słuchowe Piotr Bczyk w Warszawie ul. Pawińskiego 2, 02 – 106 Warszawa.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy w związku z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939) w zw. z § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 01 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107 poz. 887), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1

pkt 1 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, **karę pieniężną** na WIDEX Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ślęży ul. Szyszkowa 4, 55 – 040 Kobierzyce w kwocie 33 613 zł (trzydzieści trzy tysiące sześćset trzynaście złotych) płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

W dniu 19.04.2007 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej zwany Prezesem Urzędu) wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy warunki odsprzedaży aparatów słuchowych określone w umowach dystrybucyjnych nie naruszają przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2005, Nr 244 poz. 2080 z późn. zm.), zwłaszcza art. 5 tej ustawy.

W ramach przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego zbadano: warunki rozprowadzania aparatów słuchowych przez trzech krajowych dystrybutorów tj. WIDEX Polska Sp. z o.o., OTICON Polska Sp. z o.o. oraz Audio Sat Sp. z o.o. Analizie poddane zostały umowy zawierane przez wskazanych dystrybutorów z dilerami. Weryfikacja przedstawionych Prezesowi Urzędu dokumentów dała podstawy do stwierdzenia, iż umowy dystrybucyjne zawarte przez WIDEX Polska Sp. z o.o. (dalej zwany WIDEX lub WIDEX Polska) zawierają zapisy mogące budzić wątpliwości co do ich zgodności z prawem konkurencji. Zastrzeżenia Prezesa Urzędu budziły w szczególności zapisy, nakazujące kontrahentom WIDEX przestrzeganie cen detalicznych. Wg zapisów umów przekazanych Prezesowi Urzędu: (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 1 załącznika nr 4 do Decyzji).

Zapisy powyższe umiejscawiane były w następujący sposób: pierwsze trzy w § 5 lub 6 obowiązujących umów, wśród postanowień dotyczących cen; strony zatytułowały te postanowienia jako: *Cenniki, ceny Towarów*; ostatnia klauzula, dotycząca skutków naruszenia postanowień cenowych - wśród postanowień dotyczących wypowiedzenia umowy. Wg udzielonych Prezesowi Urzędu pismem z dnia 13.05.2008 r. informacji zapisy te obowiązywały w umowach z następującymi przedsiębiorcami: Wojciechem Zawadą, Jerzym Kielmas, Piotrem Byczyk, Sylwią Gajda, Małgorzatą Komarnicką, Dorotą Walkowiak, Andrzejem Lurką, Piotrem Tonderskim i Markiem Gwóźdź.

Stosownie do Upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dla Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu z dnia 04.08.2008r., w dniu 21.08.2008 r. Postanowieniem Nr 208/2008 Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia pomiędzy WIDEX Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, a następującymi przedsiębiorcami:

1. Wojciechem Zawadą prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ACUSTIC Protetyka Słuchu Wojciech Zawada w Oleśnie,
2. Jerzym Klimas prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą AMPLIVOX Jerzy Klimas w Warszawie,
3. Piotrem Byczyk prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą BYCZYK Aparaty Słuchowe Piotr Byczyk w Warszawie,
4. Sylwią Gajda prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Aparaty Słuchowe SYLWIFON Sylwia Gajda w Białobrzegach,

5. Małgorzatą Komornicką prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Auris – Ton Aparaty Słuchowe Małgorzata Komornicka w Gorzowie Wielkopolskim,
6. Dorotą Walkowiak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Fonik – Aparaty Słuchowe Dorota Walkowiak w Wolicy,
7. Andrzejm Lurką prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P. ALEX Andrzej Lurka w Wadowicach,
8. Piotrem Tonderskim prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowy Medicare Piotr Tonderski w Białymstoku,
9. Markiem Gwóźdź prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą VISUS CL Marek Gwóźdź w Rybniku,

porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku odsprzedaży aparatów słuchowych, polegającego na ustaleniu w umowach dystrybucyjnych zawartych pomiędzy WIDEX Polska Sp. z o.o., a wyszczególnionymi powyżej przedsiębiorcami cen odsprzedaży aparatów słuchowych odbiorcom końcowym (cen detalicznych), co może naruszać zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 Nr 50 poz. 331 z późn. zm.).

Dowód: karta 1, 2,

Akta nr RWR – 400 – 16/07/AG k. 3,4, 1164

I. Organ antymonopolowy ustalił, co następuje.

1. Strony postępowania:

WIDEX Polska Sp. zo.o. z siedzibą w Ślęży został wpisany do KRS z dniem 04.02.2004 r. Przedmiotem działalności Spółki jest m.in. sprzedaż hurtowa wyrobów farmaceutycznych, medycznych i ortopedycznych w tym aparatów słuchowych. WIDEX sprzedaje aparaty: zauszne, ITE, ITC (cyfrowe aparaty słuchowe wewnątrzuszne), CIC (cyfrowe aparaty słuchowe kanałowe). Spółka prowadzi sprzedaż aparatów słuchowych na terenie całego kraju. (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 2 załącznika nr 4 do Decyzji).

Dowód: k. 157 - 164

Marek Gwóźdź prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo, na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Rybnika – wpis nr 11721/94. Działalność prowadzona jest przez Marka Gwóźdź pod nazwą Gwóźdź Marek VISUS CONTACT LENS w Rybniku, przy ul. Kościuszki 59c/8. Przedmiotem działalności prowadzonego przez Marka Gwóźdź przedsiębiorstwa jest m.in. sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych i ortopedycznych. Marek Gwóźdź działalność gospodarczą prowadzi od 01.03.1994 r.

Dowód: k. 139

Małgorzata Komarnicka prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo, na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego – wpis nr 32333C. Działalność prowadzona jest przez Małgorzatę Komarnicką pod nazwą Komarnicka Małgorzata – Teresa Auris TON – Aparaty Słuchowe w Gorzowie Wielkopolskim przy ul. Drzymały 11/11. Przedmiotem działalności prowadzonej przez Małgorzatę

Komarnicką jest m.in. sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych i ortopedycznych. Małgorzata Komarnicka działalność gospodarczą prowadzi od 01.03.2001 r.

Dowód: k. 143

Jerzy Kielmas prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo, na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonego przez Prezydenta m.st. Warszawy – wpis nr 421379. Działalność prowadzona jest przez Jerzego Kielmas pod nazwą: AMLIVOX w Warszawie przy Al. Solidarności 60. Przedmiotem działalności prowadzonej przez Jerzego Kielmas jest m.in. sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych i ortopedycznych. Jerzy Kielmas działalność gospodarczą prowadzi od 01.03.2006 r.

Dowód: 146

Dorota Walkowiak prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo, na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Wójta Gminy Godziesze Wielkie – wpis nr 908. Działalność gospodarczą prowadzona jest przez Dorotę Walkowiak pod nazwą Dorota Walkowiak FONIK – Aparaty Słuchowe w miejscowości Godziesze Małe, Wolica 89 a. Przedmiotem działalności prowadzonej przez Dorotę Walkowiak jest m.in. sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych i ortopedycznych. Dorota Walkowiak prowadzi działalność gospodarczą od 01.03.2003 r.

Dowód: k. 153

Andrzej Lurka prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo, na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Wadowic – wpis nr SO – 2440/92. Działalność gospodarczą prowadzona jest przez Andrzeja Lurkę pod nazwą Firma Handlowo – Usługowo – Produkcyjna ALEX w Wadowicach, przy ul. Łąźówka 40. Przedmiotem prowadzonej przez Andrzeja Lurkę działalności gospodarczej jest m.in. sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych i ortopedycznych. Andrzej Lurka prowadzi działalność gospodarczą od 15.01.1992 r.

Dowód: k. 146, 166

Sylwia Gajda prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Miasta i Gminy Białobrzegi – wpis nr 2560. Działalność gospodarczą prowadzona jest przez Sylwię Gajda pod nazwą Sylwia Gajda SYLWIFON Aparaty Słuchowe w Białobrzegach, ul. Krakowska 70 a. Przedmiotem prowadzonej przez Sylwię Gajdę działalności gospodarczej jest m.in. sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych i ortopedycznych. Sylwia Gajda prowadzi działalność gospodarczą od 01.01.2001 r.

Dowód: 170

Wojciech Zawada prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Olesna – wpis nr 1750. Działalność gospodarczą prowadzona jest przez Wojciecha Zawadę pod nazwą ACUSTIC – Protetyka Słuchu Zawada Wojciech w Oleśnie, ul. Obrońców Westerplatte 1. Przedmiotem prowadzonej przez Wojciecha Zawadę działalności jest m.in. sprzedaż detaliczna pozostała prowadzona poza siecią sklepową, gdzie indziej niesklasyfikowana oraz działalność usługowa w zakresie instalowania, naprawy i konserwacji sprzętu medycznego, wyłączając chirurgiczny. Wojciech Zawada prowadzi działalność od 18.02.1998 r.

Dowód: 78, 175

Piotr Byczyk prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta miasta stołecznego Warszawy – wpis nr 424843. Działalność gospodarcza prowadzona jest przez Piotra Byczyk pod nazwą BYCZYK Piotr Byczyk w Warszawie, ul. Pawińskiego 2. Przedmiotem prowadzonej przez Piotra Byczyk działalności jest m.in. sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych, włączając ortopedyczne, prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach. Piotr Byczyk prowadzi działalność gospodarczą od 01.04.2006 r.

Dowód: k. 219

Piotr Tonderski prowadzi działalność gospodarczą jednoosobowo na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Białegostoku – wpis nr 18336. Działalność gospodarcza prowadzona jest przez Piotra Tonderskiego pod nazwą Zakład Produkcyjno Handlowy „Medicare” w Białymstoku, przy ul. Marii Skłodowskiej – Curie 18/2. Przedmiotem prowadzonej przez Piotra Tonderskiego działalności jest m.in. sprzedaż hurtowa wyrobów farmaceutycznych, medycznych i ortopedycznych. Piotr Tonderski prowadzi działalność gospodarczą od 02.01.1992 r.

Dowód: k. 136

2. Wyjaśnienia stron

WIDEX Polska Sp. zo.o.

W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania antymonopolowego WIDEX złożył wniosek o umorzenie postępowania, w związku z brakiem przesłanek wskazujących na naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 3 załącznika nr 4 do Decyzji).

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 25 – 37, 82 - 94

AURIS TON – Aparaty Słuchowe, Małgorzata Komarnicka

Małgorzata Komarnicka zawarła umowę dystrybucyjną z WIDEX w dniu 12.02.2007 r. Przedsiębiorca nie uczestniczył w żadnym ze szkoleń, porad czy spotkań organizowanych przez WIDEX. Kontakt z firmą miał jedynie przez przedstawiciela handlowego firmy. WIDEX nie kontrolował nigdy cen stosowanych przez przedsiębiorcę. Nie są znane mu przyczyny umieszczenia w umowie dystrybucyjnej zapisów ograniczających możliwość kształtowania cen. Spośród 16 sprzedanych aparatów marki WIDEX®, 14 z nich sprzedanych zostało z wykorzystaniem refundacji z NFZ. W zakresie sprzedaży aparatów cyfrowych, przedsiębiorca współpracuje również z firmą AUDIO SAT (która zajmuje się sprzedażą aparatów marki Audio Service oraz HANSATON. W ciągu ostatnich dwóch lat nie dokonywał jednak zakupu aparatów firmy HANSATON.

Dowód: 62

Wojciech Zawada

Przedsiębiorca zawarł umowę dystrybucyjną z WIDEX w dniu 10.04.2007 r. Wojciech Zawada raz brał udział w szkoleniu organizowanym przez WIDEX. Szkolenie dotyczyło podstaw audiologicznych. Przedsiębiorca wskazał, iż nie są mu znane podstawy ani cel zawartej w umowie regulacji dotyczącej zasad ustalania cen odsprzedaży aparatów słuchowych. Ceny własnego asortymentu przedsiębiorca

kształtował z uwzględnieniem możliwych do uzyskania refundacji z NFZ oraz PCPR. Ustalane przez Wojciecha Zawadę ceny, nigdy nie przekraczały ceny sugerowanej przez WIDEX. Przedsiębiorco stosował natomiast cenę poniżej ceny sugerowanej, średnio cena była obniżona o ok. 10 % w stosunku do ceny wyjściowej. Przedsiębiorca podjął współpracę z WIDEX celem uzupełnienia swojej oferty, umożliwiło mu to uzyskanie oprogramowania do dostrajania aparatów słuchowych. Wojciech Zawada sprzedaje również telefony firm Audio Service, Oticon, Siemens, Hansaton

Dowód: k. 77 – 78, 176 - 189

Marek Gwóźdź Wisus CL

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego przedsiębiorca wskazał, iż WIDEX nigdy nie zastosował w stosunku do niego wynikających z umowy sankcji za niestosowanie zalecanych cen. WIDEX nigdy nie kontrolował cen detalicznych stosowanych w firmie. Przedsiębiorca tylko raz został zaproszony na szkolenie organizowane przez firmę WIDEX. Aparaty słuchowe sprzedawane są przez przedsiębiorcę po cenie wynikającej z własnej analizy nakładów i kosztów; w niektórych przypadkach kalkulacja ta pokrywa się z ceną sugerowaną przez WIDEX, w innych różni się od niej nawet o 10 %. Przedsiębiorca zajmuje się sprzedażą indywidualną, większość klientów przy dokonywaniu zakupów aparatu korzysta z refundacji z NFZ, czasami PFRON. Przedsiębiorca posiada w swojej ofercie również aparaty firm Audio Service, Starky, Rionet, przedsięwziął działania w celu wprowadzenia aparatów Simens. Przedsiębiorca nie sprzedał żadnego aparatu marki WIDEX®.

Dowód: 90 – 91, 138

Jerzy Kielmas AMPLIVOX

W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa Urzędu w przedmiocie wszczęcia postępowania antymonopolowego wskazał, iż nie są znane mu podstawy umieszczenia w umowie zapisu o zalecanych cenach detalicznych, zgodnych z cennikami detalicznymi firmy WIDEX. Przedsiębiorca sam kalkulował ceny sprzedawanych aparatów, uwzględniając co do zasady ceny sugerowane. Jerzy Kielmas raz zastosował cenę wyższą niż zalecana przez WIDEX marża. Jerzy Kielmas nie uczestniczył w żadnym szkoleniu organizowanym przez WIDEX. Przedsiębiorca prowadzi również sprzedaż aparatów słuchowych firm Audio Service, Siemens, Oticon, Bernafon, Phonak GNReSound.

Dowód: 93 - 94

FONIK Aparaty Słuchowe Dorota Walkowiak

Udzielając odpowiedzi na doręczone zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego przedsiębiorca wskazał, iż nie posiada wiedzy na temat podstaw umieszczenia w umowie zapisu dotyczącego kształtowania cen odsprzedaży. Sam nie posiada wypracowanych, jednolitych zasad ustalania cen odsprzedaży. Przedsiębiorca sprzedaje aparaty słuchowe również firm Phonak, Audio Service, Starkey. Wszystkie aparaty są sprzedawane z wykorzystaniem refundacji z NFZ.

Dowód: 99 – 100, 150 – 152,

Aparaty Słuchowe SYLWIFON Sylwia Gajda

Ustosunkowując się do zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego Sylwia Gajda wskazała, iż nie potrafi wyjaśnić podstaw i celu zawarcia w umowach postanowień umożliwiających WIDEX Polska rozwiązywanie

umów. Przedsiębiorca nigdy nie uczestniczył w szkoleniu organizowanym przez WIDEX. Wg przedsiębiorcy zapisy umowne o obowiązywaniu cen sztywnych są martwe, albowiem WIDEX nigdy nie sprawdzał czy przedsiębiorca stosuje się do cenników sugerowanych. Oprócz aparatów cyfrowych firmy WIDEX, Sylwia Gajda sprzedaje także aparaty słuchowe firm Siemens, Audio Service (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 4 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Dowód: k. 171 – 172

akta z ogr. pr. wglądu k. 100 – 102, 104, 123

Piotr Tonderski ZPH MEDICAR

W piśmie przesłanym do Prezesa Urzędu przedsiębiorca wskazał, iż wyjaśnienie przyczyn zawarcia w umowie o dystrybucję, regulacji związanej z zasadami kształtowania przez dilerów cen odsprzedaży, powinna dokonać firma WIDEX. Przedsiębiorca sam kształtując ceny nigdy nie przekroczył granic określonych w zawartej umowie z WIDEX, nie był też nigdy kontrolowany przez WIDEX. Przy określeniu ceny kierował się cenami sugerowanymi przez WIDEX. Udzielał jednak indywidualnych rabatów. Przedsiębiorca nie uczestniczył w szkoleniach organizowanych przez WIDEX. W swej ofercie sprzedawca posiada także aparaty słuchowe firm Oticon Polska Sp. z o.o. oraz Siemens Acustica Sp. zo.o. Przedsiębiorca zajmuje się wyłącznie sprzedażą detaliczną.

Dowód: 103 - 104

Andrzej Lurka

W wyjaśnieniach złożonych do akt postępowania przedsiębiorca wskazał, iż nie zawierał on nigdy żadnego porozumienia naruszającego zakazy zawarte w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W siedzibie firmy co 2 – 3 miesiące bywał przedstawiciel handlowy firmy WIDEX. Spotkania te dotyczyły jednak wyłącznie spraw „proceduralno – handlowych”, tj. takich jak: procedury składania zamówień, problemy gwarancyjne, omówienia nowych produktów itp. Przedsiębiorca wskazał, iż domniemywa że zapisy umów dystrybucyjnych odnośnie zasad kształtowania cen aparatów słuchowych WIDEX® są wyrazem dbałości o markę oraz interesy pacjentów, poprzez uniemożliwienie zawyżania cen aparatów słuchowych. (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 5 Załącznika nr 4 do Decyzji). Przedsiębiorca prowadzi również sprzedaż aparatów słuchowych firmy Audio Sat Sp. zo.o.

Dowód: k. 106 – 109

akta z ogr. pr. wglądu k. 221

Piotr Bczyk

Ustosunkowując się do zarzutów Prezesa Urzędu oraz postawionych mu pytań przedsiębiorca wskazał, iż nie są mu znane sytuacje aby WIDEX wypowiadał umowy dystrybucyjne z powodu nie przestrzegania zapisów umownych o cenach. WIDEX nie kontrolował realizacji umów. W siedzibie przedsiębiorstwa dwa razy zjawił się przedstawiciel handlowy WIDEX z informacją o nowych produktach i materiałach reklamowych. (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 6 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Dowód: 134

3. Porozumienie

W toku postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu ustalił, iż spółka WIDEX w zawartych z pozostałymi Uczestnikami postępowania umowach dystrybucyjnych stosowała zapisy: (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 7 załącznika nr 4 do Decyzji)

Zapisy te znajdowały się w następujących umowach zawartych przez WIDEX:

- z Małgorzatą Komornicką Auris – Ton Aparaty Słuchowe Małgorzata Komornicka; umowa dystrybucyjna z dnia 12.02.2007 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 5 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 13 ust. 2 tiret 4.

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 267 – 273,

- z Wojciechem Zawadą ACUSTIC Protetyka Słuchu; umowa dystrybucyjna z 10.04.2007 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 6 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 14 ust. 2 tiret 4.

Dowód: k. 246 - 252

- z Markiem Gwóźdź Visus CL, umowa dystrybucyjna z 02.04.2007 r., zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 6 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 14 ust. 2 tiret 4. k.979-985 (akta RWR 400-16/07 t. VI)

Dowód: akta RWR – 400 – 16/07/AG k. 879 - 885

- z Jerzym Kielmas AMPLIVOX, umowa dystrybucyjna z dnia 15.05.2007 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 6 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 14 ust. 2 tiret 4

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 153 - 159

- z Dorotą Walkowiak FONIK Aparaty Słuchowe, umowa dystrybucyjna z dnia 08.02.2008 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 5 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 13 ust. 2 tiret 4.

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 181 - 187

- z Sylwią Gajda Aparaty Słuchowe SYLWIFON; umowa dystrybucyjna z dnia 23.05.2007 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 5 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 13 ust. 2 tiret 4.

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 109 - 114

- z Piotrem Tonderskim ZPH MEDICAR, umowa dystrybucyjna została zawarta dnia 23.05.2007 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 6 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 14 ust. 2 tiret 4.

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 225 – 231,

- z Andrzejem Lurką ALEX Firma Handlowo – Usługowa – Produkcyjna, umowa dystrybucyjna z dnia 08.03.2007 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 5 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 13 ust. 2 tiret 4

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 202 -208,

- Piotr Bczyk BYCZYK, umowa dystrybucyjna z dnia 15.05.2007 r.; zasady kształtowania cen odsprzedaży określone zostały w § 5 ust. 9, 10 i 11 umowy, sankcja za nieprzestrzeganie postanowień umownych w § 13 ust. 2 tiret 4

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 239 – 245,

Udział procentowy i kwotowy poszczególnych dystrybutorów w ogólnej wartości sprzedaży aparatów słuchowych WIDEX w 2007 r. i 2008 r. (do lipca 2008) przedstawiał się w sposób wskazany w Załączniku nr 1 do Decyzji.

Dowody: akta z ogr. pr. wglądu k. 98, 284, 292, 302 – 303, 299 – 301, 299 – 301,

Uzyskane przez dystrybutorów będących uczestnikami niniejszego postępowania przychody ze sprzedaży aparatów słuchowych zakupionych w WIDEX w 2007 r. i 2008 r. wskazane zostały w Załączniku nr 2 do nn. Decyzji.

Dowody: akta z ogr. pr. wglądu k. 62, 79 – 86, 90 – 91, 93 – 97, 99 – 100, 103 – 104, 108, 138 – 139, 219 – 221,

Dilerzy aparatów słuchowych - stosowali wobec nabywców zróżnicowane ceny detaliczne. (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 8 załącznika nr 4 do Decyzji).

Małgorzata Komarnicka w całym okresie współpracy z WIDEX, sprzedała 16 aparatów słuchowych tej firmy. Przy sprzedaży dwóch sztuk (sprzedano je tej samej osobie), przekroczono umowne (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 9 załącznika nr 4 do Decyzji) odstępstwo od ceny sugerowanej.

Wojciech Zawada nie przestrzegał zasady ustalania cen zawartej w umowie, samodzielnie ustalał ceny, dostosowując je do sytuacji ekonomicznej, tj. uwzględniając refundacje z NFZ i PCPR, tak aby umożliwić nabywcom zakup aparatu. Uzyskanie refundacji z obydwóch źródeł pozwala odbiorcom na zakup aparatu dobrej jakości bez nadmiernego obciążania budżetu. Przedsiębiorca zastosował niższą cenę przy 13 transakcjach sprzedaży (faktura nr 66/2007, 59/2007, 62/2007, 98/2007, 77/2007, 108/2007, 64/2007, 46/2008, 44/2008, 29/2008, 22/2008, 25/2008, 8/2008, 2a/2008). Cena była niższa o ok. 10%. Przedsiębiorca nigdy nie ustalił ceny aparatu słuchowego powyżej sugerowanej przez cennik ceny detalicznej.

Marek Gwóźdź ceny aparatów słuchowych skalkulował na poziomie cennika detalicznego firmy Visus po analizie nakładów i kosztów, zapewniającym wysoką jakość usługi i oferowanego sprzętu. Jest to własna kalkulacja firmy, w niektórych przypadkach pokrywa się ona z ceną sugerowaną przez WIDEX, w pozostałych przypadkach odbiega od tej ceny nawet o 10 %.

Jerzy Kielmas nie przestrzegał rygorystycznie cen zalecanych przez WIDEX. Na 7 sztuk sprzedanych aparatów 3 sztuki miały cenę zgodną z cennikiem, w przypadku 3 sztuk odstępstwo wynosiło 4,65 %, 1 sztuka 5 %, kolejna 6,46 %.

Dorota Walkowiak stwierdziła, iż w prowadzonej przez nią firmie brak jest jakiegokolwiek zasady ustalania cen odsprzedaży. Przedsiębiorca dwukrotnie przekroczył zalecane przez WIDEX ceny detaliczne. Marża wynosiła wówczas odpowiednio 14 % i 19%.

(*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 10 załącznika nr 4 do Decyzji) .

Piotr Tonderski przy ustalaniu cen odsprzedaży najczęściej opiera się na cenach sugerowanych przez dostawcę, odstępstwa od tych cen polegają na udzielaniu indywidualnych rabatów. Ceny odsprzedaży nigdy nie zostały ustalone na poziomie przekraczającym 5 %.

(tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 11 załącznika nr 4 do Decyzji).

Piotr Bczyk pomimo zawarcia umowy z WIDEX, w okresie współpracy z ww. firmą *(tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 12 Załącznika nr 4 do Decyzji)*. W trakcie współpracy przedsiębiorca nie był kontrolowany przez WIDEX odnośnie ustalonych cen sprzedaży.

Dowód: k. 90 – 91, 93 – 94, 103 – 104, 134, 138, 150 – 152, 174 – 189

akta z ogr. pr. wglądu k. 122, 221

Wbrew informacjom przekazanym przez WIDEX Polska w maju 2008 r. do Prezesa Urzędu, Prezes Urzędu ustalił, iż w listopadzie 2007 r. WIDEX rozpoczął proces zmiany postanowień umownych które wskazano na wstępie. *(tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 13 Załącznika nr 4 do decyzji)*

W nowych umowach, w postanowieniach zatytułowanych POZOSTAŁE POSTANOWIENIA wprowadzono zapis: *(tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 14 Załącznika nr 4 do Decyzji)*

Dowód: 139,

akta z ogr. pr. wglądu k. 47 – 74, 115 - 121, 140 - 145, 160 - 166, 188 – 194, 195 – 201, 211 – 217, 232 – 238, 260 – 266, 253 – 259,

(tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 15 Załącznika nr 4 do Decyzji)

Dowód: 56 – 60, 379, 390

Przedsiębiorca Piotr Bczyk od grudnia 2007 r. przestał zamawiać aparaty słuchowe z WIDEX Polska oraz zwrócił wcześniej zakupione lecz nie sprzedane aparaty słuchowe. Formalnego wypowiedzenie umowy – w przewidzianej w umowę formie pisemnej pod rygorem nieważności, przedsiębiorca dokonał w piśmie z dnia 12.03.2009 r.

Dowód: k. 280, 379, 389 – 391

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu k. 303

Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, stroną inicjującą zawarcie przedmiotowego porozumienia była spółka WIDEX. Spółka ta sformułowała treść umowy dystrybucyjnej zawierającej wskazane wyżej zapisy odnośnie zasad kształtowania cen sprzedaży aparatów słuchowych odbiorcom końcowym oraz sankcje związane z nieprzestrzeganiem tych zapisów. WIDEX także zainicjował zmianę treści zawartych kontraktów.

Dowód: 62, 77 – 78, 90 – 91, 93 – 94, 99 – 100, 103 – 104, 106 – 109, 134, 138, 150 – 152, 171 – 172, 176 – 189,

akta z ogr. pr. wglądu k. 82 – 94, 100 – 102, 104, 109 – 114, 123, 153 – 159, 181 – 187, 202 – 208, 225 – 231, 239 – 245, 246 – 273, 267 – 273

4. Charakterystyka produktu

Uczestnicy postępowania działają na krajowym rynku sprzedaży aparatów słuchowych. Aparaty słuchowe są elektronicznymi urządzeniami stosowanymi min. w celu kompensacji (zmniejszenia) odczuwalnych skutków uszkodzeń słuchu różnego rodzaju i stopnia.

Działanie aparatu słuchowego polega na tym, że miniaturowy mikrofon wychwytuje dźwięk, wzmacniacz wzmacnia dźwięk, a mała słuchawka dostarcza wzmocniony dźwięk do ucha. Mechanizm ten polega zatem na tym, iż urządzenie

wychwytuje dźwięk, przetwarza go na sygnał elektroniczny, odpowiednio przetwarza a następnie ponownie zamienia na dźwięk.

Aparaty słuchowe ze względu na technologię przetwarzania dźwięku możemy podzielić na dwie grupy:

- aparaty analogowe,
- aparaty cyfrowe.

Aparat słuchowy analogowy składa się z mikrofonu, który zmienia dźwięk na sygnał elektryczny, wzmacniacza odpowiednio przetwarzającego sygnał elektryczny, elementów regulacyjnych takich jak np. potencjometr głośności oraz słuchawki zmieniającej sygnały elektryczne w dźwięk. Dźwięk ze słuchawki za pomocą wkładki usznej kierowany jest do ucha. Przetwarzanie sygnału przez wzmacniacz polega głównie na odpowiednim wzmocnieniu. Sygnały o różnych częstotliwościach mogą być wzmocniane w różnym stopniu dzięki filtrom wbudowanym we wzmacniacz. Wzmocnienie zależne od poziomu dźwięku jest realizowane przez układ zwany kompresorem. Elementy regulacji służą do indywidualnego ustawienia zarówno wzmocnienia, filtracji jak i kompresji w odniesieniu do konkretnego uszkodzenia słuchu. Przetwarzane w aparatach analogowych sygnały elektryczne mają tzw. postać analogową, czyli ciągłą: wartość chwilowa sygnału zmienia się w sposób ciągły w czasie. Przykładem sygnału analogowego może być sygnał sinusoidalny, którego przebieg, czyli zależność zmian sygnału od czasu, ma kształt funkcji sinus.

Aparaty cyfrowe przetwarzają sygnały elektryczne na całkiem odmiennym w stosunku do aparatów analogowych zasadzie. Składają się one z mikrofonu, tzw. przetwornika analogowo – cyfrowego (A/C), procesora sygnałowego (DSP), oraz przetwornika cyfrowo – analogowego (C/A) i słuchawki. Dźwięk odebrany przez mikrofon i przetworzony na sygnał elektryczny analogowy jest zamieniany na tzw. sygnał cyfrowy przez przetwornik analogowo – cyfrowy. Oznacza to, że wartość chwilowa sygnału mierzona jest w określonych odstępach czasu i następnie przekazywana do procesora sygnałowego jako ciąg określonych liczb. Procesor przetwarza sygnał cyfrowy, wykonując pewne arytmetyczne operacje na ciągu liczb. Wykonywane przez procesor operacje arytmetyczne noszą nazwę algorytmów przetwarzania sygnału. Wykonując określony algorytm, procesor może realizować takie same funkcje jak wzmacniacz w aparatach analogowych, a więc wzmocnienie, filtrację i kompresję. Przetworzony przez procesor sygnał cyfrowy zamieniany jest na sygnał analogowy ciągły przez przetwornik cyfrowo – analogowy. Z przetwornika sygnał elektryczny trafia na słuchawkę, gdzie zmienia się w dźwięk.

Rozwój dokonujący się w dziedzinie technologii cyfrowej powoduje, że wciąż powstają lepsze i szybsze procesory wykonując więcej operacji na sekundę, a więc będące w stanie realizować coraz bardziej złożone algorytmy przetwarzania sygnałów. W oparciu o nie aparaty cyfrowe mogą wykonywać te same funkcje, co aparaty analogowe tj. wzmocnianie, filtrację i kompresję, ale w sposób gwarantujący lepsze, dokładniejsze i pozbawione niepożądanych zniekształceń dopasowanie dźwięku wychodzącego z aparatu do resztkowego pola słuchowego. Aparaty cyfrowe mogą również wykonywać funkcje będące poza zasięgiem aparatów analogowych, poprawić rozumienie mowy, zarówno w ciszy, jak i w hałasie, wyeliminować niepotrzebne dźwięki, w tym pochodzące od sprzężenia akustycznego.

Z uwagi na sposób umiejscowienia aparaty dzielimy na:

- zauszne (BTE)
- wewnątrzuszne.

Aparaty zauszne umiejscowione są za uchem, a dźwięk do kanału słuchowego dociera poprzez specjalną wkładkę uszną. Ich wielkość pozwala dopasować je do większych ubytków słuchu, a także zamieścić dodatkowe opcje. Są one dostępne w kilku kolorach, aby można było je dopasować do karnacji skóry i koloru włosów, jak również w jasnych, wesołych kolorach dla dzieci.

Aparaty wewnątrzuszne mają kilka wersji. Cała elektronika aparatu wbudowana jest w indywidualną obudowę, tworzoną na kształt ucha. Aparat umiejscowiony jest częściowo bądź całkowicie wewnątrz kanału słuchowego. Aparaty te występują w wersjach:

- aparaty wewnątrzuszne (ITE) – wypełniające całą małżowinę – przeznaczone dla szerszego zakresu ubytków słuchu, dzięki większemu rozmiarowi mogą pomieścić większe wzmacniacze,

- aparaty wewnątrzkanałowe (ITC) – wypełniające część małżowiny – przeznaczone dla łagodnych i średnich ubytków słuchu, umieszczane w kanale usznym, o stosunkowo pojemnej baterii,

- aparaty całkowicie wewnątrzkanałowe (CIC) – prawie niewidoczne, całkowicie mieszczące się w kanale ucha – najmniejsze dostępne na rynku, dopasowywane do każdego ucha indywidualnie, jednak przeznaczone dla osób, których przewod słuchowy jest wystarczająco duży by umieścić w nim aparat, przeznaczone dla małych i średnich ubytków słuchu.

Na terenie Rzeczypospolitej Polskiej sprzedawane są głównie aparaty słuchowe następujących producentów (marek):

- Audifon
- Audioservice
- Bernafon
- Hansaton
- Himsa
- Oticon
- Phonak
- GN Resound
- Siemens
- Starkey
- Unitron Industries
- Widex

Na rynku polskim dostępne są również aparaty: Bernafon, Madesn Electronics, Magnatone, Interacoustics, Himsa, Rexton, Rion, Coselgi.

Sprzedawane w Rzeczypospolitej Polskiej aparaty pochodzą głównie z importu. W 2005 r. w Rzeczypospolitej Polskiej sprzedano ok. 91 tys. aparatów słuchowych. Tylko 4 % sprzedanych aparatów słuchowych wyprodukowanych było w Polsce.

W sprawie nn. Prezes Urzędu uznał, iż aparaty słuchowe analogowe i cyfrowe tworzą jeden rynek produktowy. Zarówno bowiem aparaty analogowe jak i cyfrowe spełniają te same funkcje użytkowe, stanowią zatem dla siebie substytuty. Z uwagi na tendencje spadkową cen aparatów cyfrowych aparaty analogowe powoli

wychodzą z użycia. Sprzedaż aparatów cyfrowych stanowi średnio ok. 80 % całego asortymentu aparatów słuchowych.

W odpowiedzi na postawione przedsiębiorcom – stronom nn. postępowania, zapytanie odnośnie substytucyjności aparatów słuchowych cyfrowych i analogowych, nie udzielili oni jednoznacznej odpowiedzi. Przedstawiając swoje stanowisko w tej kwestii, często charakterystyki produktu dokonywali oni nie z punktu widzenia celu któremu służy aparat słuchowy, ale z uwagi na technologię w oparciu o którą działa (aparat słuchowy cyfrowy i analogowy) oraz dodatkowe funkcje, które posiada.

Przykładowe odpowiedzi przedsiębiorców:

- Piotr Bczyk: „Moim zdaniem aparaty słuchowe cyfrowe są uznawane przez nabywców za pełny substytut aparatów słuchowych analogowych. (...)”,

- Jerzy Kielmas: „Aparaty słuchowe cyfrowe, ze względu na swoje przeznaczenie, cenę, parametry techniczne czy właściwości nie są substytutem aparatów analogowych. Aparaty cyfrowe i analogowe spełniają funkcję protezowania narządu słuchu, w szczególności: przywrócenia zrozumienia mowy, natomiast nie są ze sobą porównywalne.”,

- Marek Gwóźdź: „Moim zdaniem aparaty cyfrowe w pełni mogą zastąpić aparaty analogowe, których zresztą na rynku produkuje się coraz mniej. Również z ekonomicznego punktu widzenia nadchodzi zmierzch aparatów analogowych wobec tendencji do spadku cen „cyfrówek”.

- Andrzej Lurka: „Wg nas aparaty cyfrowe nie są uznawane jako odpowiednik aparatów analogowych. Większość aparatów cyfrowych nad analogowymi jest widoczna w każdym aspekcie.”,

- WIDEX Polska (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 16 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Ostatnie z przedstawionych stanowisk Prezesa Urzędu w pełni podziela.

Dowód: k.215, 230, 235,

akta z ogr. pr. wglądu k. 38 - 41

5. Struktura rynku

Wg szacunków dokonanych przez WIDEX Polska, faktyczny udział Spółki w rynku aparatów słuchowych w 2007 r. wynosił (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 17 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Z przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu w 2005 r. badania rynku aparatów słuchowych wynika, iż (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 18 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Struktura rynku aparatów słuchowych mierzona udziałem w rynku (wielkością sprzedaży) w 2005 r. przedstawiała się w sposób przedstawiony w Załączniku nr 3 do nn. decyzji.

Dowód: akta z ogr. pr. wglądu: raport z badania rynku dystrybucji aparatów słuchowych k. 1 - 16

akta RWR -400-16/07/AG k. 83 – 84, T. I

akta RWR – 401 – 2/06/AG

II. W oparciu o przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Stronom 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 ustalaniu w umowach dystrybucyjnych zawartych pomiędzy WIDEX Polska Sp. z o.o. a:

1. Wojciechem Zawadą prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ACUSTIC Protetyka Słuchu Wojciech Zawada w Oleśnie,
2. Jerzym Kielmas prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą AMPLIVOX Jerzy Kielmas w Warszawie,
3. Piotrem Bczyk prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą BYCZYK Piotr Bczyk w Warszawie,
4. Sylwią Gajda prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Aparaty Słuchowe SYLWIFON Sylwia Gajda w Białobrzegach,
5. Małgorzatą Komarnicką prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Auris – Ton Aparaty Słuchowe Małgorzata Komarnicka w Gorzowie Wielkopolskim,
6. Dorotą Walkowiak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Fonik – Aparaty Słuchowe Dorota Walkowiak w Wolicy,
7. Andrzejm Lurką prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P. ALEX Andrzej Lurka w Wadowicach,
8. Piotrem Tonderskim prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowy Medicare Piotr Tonderski w Białymstoku,
9. Markiem Gwóźdź prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą VISUS CL Marek Gwóźdź w Rybniku,

cen odsprzedaży aparatów słuchowych oferowanych odbiorcom końcowym (cen detalicznych).

2. Interes publicznoprawny

Zgodnie z opisanym w art. 1 ust. 1 celem ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, „*ustawa określa 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. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (d. Sądu Antymonopolowego). W wyroku z dnia 28.05.2001 (sygn. akt XVII Ama 82/00) sąd stwierdził, że „*postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych*”. Podobnie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 4.07.2001 (sygn. akt XVII Ama 108/00) Sąd Antymonopolowy zajął stanowisko, że: „*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 - art. 7 k.p.a. Takie stanowisko wyraził również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29.05.2001 r. (sygn. I CKN 1217/98) stwierdził, że "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 (...)". Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004 r. (sygn. III SK 2/04) Sąd Najwyższy stwierdził, że naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego „jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywołać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

Należy zatem stwierdzić, że nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilnoprawnych kwalifikuje sprawę do postępowania w trybie ww. ustawy. Zawsze decyduje o tym naruszenie przez przedsiębiorcę, w następstwie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, interesu publicznoprawnego. Ochrona wolnej konkurencji dokonuje się bowiem w interesie publicznym - a więc co do zasady - nie w interesie stron stosunków cywilnoprawnych. Odmienne niż to ma miejsce w postępowaniu cywilnym ukierunkowanym na ochronę praw podmiotowych stron, postępowanie w trybie ustawy o ochronie (...) ma za swój przedmiot ochronę interesu społecznego, co ma miejsce wtedy, 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.

W niniejszej sprawie postępowanie dotyczy porozumienia przedsiębiorców w zakresie ustalenia cen odsprzedaży aparatów słuchowych marki WIDEX® odbiorcom końcowym. Praktyka tego rodzaju ogranicza lub eliminuje konkurencję cenową wewnątrzmarkową, a zatem godzi w interesy każdego z nabywców sprzedawanych produktów, a także potencjalnych klientów którzy zakupu takiego sprzętu jak aparat słuchowy zechcą dokonać. Konkurencja służy osiągnięciu wielu celów takich m.in. jak: wzrost produkcji i sprzedaży, obniżenie kosztów, obniżki cen, postęp techniczny, poprawa jakości produktów, zwiększenie efektywności gospodarowania itd. W przypadku narzucania stałych lub minimalnych cen odsprzedaży dystrybutorzy (dilerzy) nie mogą dłużej konkurować cenowo w ramach danej marki lub też konkurencja taka jest utrudniona. Zwiększona przejrzystość ceny i odpowiedzialność za jej zmiany ułatwia horyzontalne porozumienie między producentami lub dystrybutorami. Zmniejszenie konkurencji wewnątrzmarkowej, jako że prowadzi do mniejszej odgórnej presji na cenę określonych towarów, może powodować pośrednio ograniczenie konkurencji międzymarkowej¹.

Z uwagi na powyższe wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Uczestnikom wskazanego w sentencji nn. decyzji porozumienia jest uzasadnione.

3. Rynek właściwy

¹ Obwieszczenie Komisji: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. WE 2000 C 291/1)

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie (...) definiuje rynek właściwy 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 (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. 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.

Rynek produktowy

Podstawowym kryterium wyznaczania rynku właściwego produktowo jest substytucyjność określonych dóbr czy usług, z punktu widzenia nabywcy, którego potrzeby mają one zaspakajać.

Organ antymonopolowy uznał, iż rynkiem właściwym pod względem produktowym jest w niniejszej sprawie krajowy rynek sprzedaży aparatów słuchowych.

Dokonując powyższego ustalenia, Prezes Urzędu wziął pod uwagę okoliczność, iż podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku właściwego produktowo ma kryterium przeznaczenia danego towaru. Towary które nadają się do takiego samego zastosowania (mimo np. że obiektywnie są to towary różnorodne) i które z tego powodu są przez konsumentów (lub innych odbiorców) traktowane jako wymienne należy zakwalifikować do tego samego rynku; produkty mające różne przeznaczenie (służące do różnych celów) mogą zostać zakwalifikowane jako należące do różnych rynków². Jak wskazano wyżej aparaty słuchowe są elektronicznymi urządzeniami stosowanymi w celu kompensacji, czyli zmniejszenia odczuwalnych skutków uszkodzeń słuchu różnego rodzaju i stopnia. Aparaty słuchowe działają na tej zasadzie, iż miniaturowy mikrofon wychwytuje dźwięk, który jest następnie wzmacniany przez wzmacniacz, a mała słuchawka dostarcza wzmocniony dźwięk do ucha. Urządzenia te zamieniają dźwięk na sygnał elektryczny, odpowiednio go przetwarzają a następnie zamieniają z powrotem na dźwięk. Uzyskaniu efektu korekcji słuchu służą zarówno aparaty słuchowe cyfrowe

² K. Kohutek w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz LEX a Wolters Kluwer business W-wa 2008 s. 187

jak i analogowe. Na rynku nie ma natomiast towaru, który byłby substytutem dla aparatów słuchowych w ogóle.

Prezes Urzędu uznał więc, że poszczególne rodzaje aparatów słuchowych (cyfrowe i analogowe) są względem siebie substytucyjne. Podstawową przesłanką przyjęcia takiego stanowiska jest przede wszystkim **możliwość zamiennego ich stosowania przez użytkowników końcowych (konsumentów)**. Stanowisko organu antymonopolowego w nn. sprawie podyktowane jest przekonaniem, że dla odtworzenia prawdziwego obrazu konkurencji na rynku właściwym niezbędne jest przyjęcie spojrzenia zakładającego, że za substytuty należy uznawać nawet takie produkty, które nie są identyczne, jeżeli tylko zaspokajają te same potrzeby³. Jak wskazano w Obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji: (...) *różnice między właściwościami produktów nie są same w sobie wystarczające, aby wyłączyć substytucyjność popytu ze względu na to, że będzie to zależało w dużym stopniu od sposobu wartościowania poszczególnych właściwości przez klientów*⁴.

Nadto ustalone pomiędzy WIDEX Polska, a dilerami warunki handlowe obejmują **grupę towarów** tj. aparaty słuchowe.

Dilerzy dbają – jak wskazano wyżej – aby posiadać oby dwa rodzaje aparatów słuchowych, w tym celu też zawierają umowy z hurtownikami innych marek - tak aby mieć możliwie najszerszą gamę towarów. Jeden i drugi rodzaj aparatów słuchowych jest rozprowadzany przez **tych samych dystrybutorów (dilerów)**. Skoro więc konkurencja między dilerami odbywa się m.in. na płaszczyźnie różnorodności oferty produktów (aparatów słuchowych), to z punktu widzenia dilerów, występuje ich zastępowalność.

Rozpatrując sprawę od strony podaży, można zauważyć także, iż sami producenci oferują dilerom aparaty słuchowe jednego i drugiego rodzaju. Takie cechy systemu dystrybucji aparatów słuchowych powodują, iż bezzasadne jest w przedmiotowym postępowaniu dalsze rozdrabnianie rynku produktowego.

Określając w powyższy sposób rynek produktowy w nn. sprawie Prezes Urzędu miał również na uwadze, iż choć zachodzą dysproporcje pomiędzy ceną aparatów słuchowych analogowych i cyfrowych – (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 19 Załącznika do Decyzji) – to sama cena nie jest zasadniczym kryterium wyboru rodzaju aparatu słuchowego przez konsumentów – inaczej niż jest to np. przy artykułach luksusowych. Ponadto w przedziale cenowym w którym ceny aparatów analogowych i cyfrowych ząbają się nabywcy mają możliwość wyboru dość dużej ilości modeli telefonów cyfrowych. Nadto jak wskazywali sprzedawcy aparatów słuchowych, nabywcy aparatów przy wyborze modelu aparatu kierują się subiektywną preferencją odbioru dźwięku.

Z uwagi na powyższe nie jest zasadne dokonywanie segmentacji rynku aparatów słuchowych na rynek aparatów słuchowych analogowych i cyfrowych. Wyodrębnienie takie nie znajdowałoby także uzasadnienia z uwagi na okoliczność, iż zawarte porozumienie, jako porozumienie cenowe, nie podlega wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niski udział w rynku (art. 7 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie (...)). W orzecznictwie sądowym istnieje co prawda tendencja do wąskiego wyznaczania rynku właściwego,

³ Brytyjska Komisja ds. Monopoli i Fuzji uznała, że jeden rynek produktowy stanowią zapalniczki oraz zapalniczki jednorazowe, gdyż zaspokajają te same potrzeby konsumentów. Por.: raport dostępny na stronach internetowych Office of Fair Trading, <http://www.of.gov.uk>.

⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji Dz.U.UE.C.97.372.5

zasada ta odnosi się jednak w zdecydowanej mierze do postępowań antymonopolowych związanych z nadużywaniem przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, wówczas bowiem niezbędne jest określenie posiadanej na tym rynku pozycji przedsiębiorcy, co z kolei stanowi wyznacznik jego siły rynkowej.

W rozpatrywanej sprawie organ antymonopolowy uznał również, iż dokonywanie szczegółowej segmentacji rynku aparatów słuchowych nie jest uzasadnione z uwagi na fazę obrotu, na jakiej doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Zarzucane ustalanie ceny odsprzedaży (ceny detalicznej) aparatów słuchowych marki WIDEX® odbyło się pomiędzy importerem i głównym hurtownikiem tych towarów, jakim jest WIDEX Polska a dilerami nabywającymi hurtowo te wyroby celem odsprzedaży odbiorcom finalnym, a zatem na poziomie obrotu hurtowego. Pozwala to stwierdzić, iż rynkiem właściwym produktowo jest rynek krajowy sprzedaży hurtowej aparatów słuchowych, zaś ewentualne skutki porozumienia występują na rynku sprzedaży detalicznej. Za szerokim ujmowaniem rynku w sytuacji, gdy ograniczenie konkurencji ma miejsce na poziomie hurtowym przemawia orzecznictwo Komisji Europejskiej. Przykładowo w decyzjach Komisji (decyzja nr IV/M.009-Fiat *Geotech/Ford New Holland*, decyzja nr IV/M.256-Linde/*Fiat*), za produktowy rynek właściwy została uznana dystrybucja pewnej grupy towarów, bez węższej segmentacji uwzględniającej poszczególne towary, stanowiące przedmiot obrotu⁵. 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 segmentacji⁶. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpatrując odwołanie od tej decyzji, podtrzymał ustalenia Prezesa Urzędu co do właściwego rynku produktowego w tej sprawie; wskazał także, iż przy określaniu rynku produktowego należy m.in., obok towaru na nim oferowanego, wziąć pod uwagę fazę obrotu towarowego (zbyt, hurt, detal) oraz określić, w jakim zakresie uczestnicy rynku poddani są współzawodnictwu ze strony konkurencji⁷. W sposób podobny Prezes Urzędu odniósł się do kwestii rynku właściwego w prawomocnej decyzji z 2008 r. 11/2008, gdzie jako rynek właściwy określono rynek sprzedaży drukarek (sygn. akt RWR- 410-2/05/JB). W wydanej decyzji Prezes Urzędu uznał, iż dalsza segmentacja drukarek ze względu na technologię druku na drukarki: atramentowe, laserowe i igłowe nie jest zasadna gdyż mogłaby zniekształcić ocenę warunków konkurencji w sprawie. Przesłanką przyjęcia takiego stanowiska była przede wszystkim możliwość zamiennego stosowania drukarek przez użytkowników końcowych (konsumentów). Stanowisko organu antymonopolowego podyktowane było także przekonaniem, że dla odtworzenia prawdziwego obrazu konkurencji na rynku właściwym niezbędne jest przyjęcie spojrzenia, zakładającego, że za substytuty należy uznawać nawet takie produkty, które nie są identyczne, jeżeli tylko zaspokajają te same potrzeby⁸. Na podstawie umów dystrybucyjnych z producentami, Uczestnicy postępowania i inni dilerzy dokonywali zakupu różnych rodzajów (np. atramentowe, laserowe) i marek (np. HP, Samsung, Lexmark) drukarek. Obowiązujące pomiędzy tymi podmiotami warunki handlowe – co do zasady – obejmowały **grupy towarów** tj. np. drukarki, a nie poszczególne ich rodzaje, np. tylko drukarki laserowe.

⁵ S. Gronowski, *Ustawa Antymonopolowa Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999,

⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 września 2004 r., nr RPZ 21/2004

⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt XVII AmA 130/04

⁸ tamże s. 21.

Należy podkreślić także, iż same strony postępowania antymonopolowego w jego toku posługiwały się pojęciem „ryнку sprzedaży aparatów słuchowych”, nie negując prawidłowości tak ustalonego rynku produktowego.

Nadmienić należy, iż w ocenie Prezesa Urzędu, przy analizie niniejszej sprawy, szersza lub węższa definicja rynku – zarówno w aspekcie produktowym jak i geograficznym - nie będzie miała 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 traktowane bardzo restrykcyjnie i są niedozwolone **niezależnie od wielkości udziału w rynku** przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu.

Rynek geograficzny

Zdaniem organu antymonopolowego rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest w przedmiotowej sprawie rynek krajowy.

Wyodrębniając obszar rynku właściwego pod względem geograficznym organ antymonopolowy wziął pod uwagę, iż odbiorcy aparatów słuchowych dystrybuowanych przez WIDEX Polska pochodzą z całej Polski. Sieć sprzedaży stworzona przez WIDEX Polska obejmuje przedsiębiorców działających na terenie całego kraju, przy czym na różnych obszarach kraju występują jednolite dla wszystkich przedsiębiorców warunki konkurowania, zarówno gdy idzie o czynniki zewnętrzne jak i treść zawieranych przez WIDEX Polska ze swoimi kontrahentami umów. Przedsiębiorcy prowadzący działalność na przedmiotowym rynku produktowym spełnić muszą określone warunki sanitarne, zwłaszcza w przypadku punktów sprzedaży detalicznej, celowe jest posiadanie wykwalifikowanego personelu – w przypadku zaś prowadzenia działalności jednoosobowo, sami przedsiębiorcy muszą przejść odpowiednie szkolenia. W przypadku przedsiębiorców dokonujących sprzedaży aparatów słuchowych przy uwzględnianiu dofinansowania NFZ wymagane jest zawarcie w powyższym zakresie kontraktów z NFZ (jakkolwiek nie jest to warunkiem prowadzenia działalności polegającej na sprzedaży aparatów słuchowych, to jednak wpływa na pozycję konkurencyjną przedsiębiorców działających na przedmiotowym rynku) (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 20 Załącznika nr 4 do decyzji) Właściwości towarów dystrybuowanych przez WIDEX Polska nie ograniczają możliwości ich transportu, a koszty transportu nie stanowią czynnika, który miałby znaczenie przy podejmowaniu przez dilerów decyzji o współpracy z WIDEX Polska.

W niniejszej sprawie zatem, z uwagi na to, iż dystrybucja aparatów słuchowych odbywa się bez ograniczeń na terenie całego kraju, rynkiem w ujęciu geograficznym jest obszar Polski. Stanowisko takie znalazło również potwierdzenie w badaniu przeprowadzonym przez organ antymonopolowy, którego przedmiotem była analiza krajowego rynku dystrybucji aparatów słuchowych w latach 2004-2006.

Podsumowując należy wskazać, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy rynkiem właściwym jest krajowy rynek sprzedaży aparatów słuchowych.

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

4.1. Rodzaj porozumienia

Na gruncie ustawy o ochronie (...) 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 gospodarczego.

Z powyższego wynika, że porozumienie, objęte zarzutem postępowania, ma charakter pionowy (wertykalny), jego uczestnikami są bowiem importer, główny hurtownik zajmujący się wyłącznie sprzedażą hurtową, oraz dilerzy prowadzący sprzedaż bezpośrednio na rzecz odbiorców finalnych – konsumentów.

4.2. Przesłanki zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...)

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 ustawy o ochronie (...). Wg wskazanego przepisu zakazu, o którym mowa w art. 6, 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, zgodnie z ust. 2 art. 7 ww. ustawy **wyżej wskazane wyłączenia nie mają zastosowania do porozumień cenowych (art. 6 ust. 1 pkt 1)**, co jest przypadkiem rozpatrywanym w niniejszej decyzji.

Do analizowanego porozumienia odnoszą się także przepisy § 7 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. *w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję* (Dz. U. Nr 230, poz. 1691 ze zm.) które stanowią, że **wyłączenia nie stosuje się do porozumień wertykalnych, które** bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami, zależnymi od stron porozumienia, **mają na celu lub powodują ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży, przez narzucenie przez dostawcę minimalnych** lub określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem. Zgodnie z § 9 ww. aktu, do porozumień zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia – a tak należy kwalifikować porozumienie istniejące między WIDEX Polska, a pozostałymi Uczestnikami, które nie spełniają warunków wyłączenia w nim określonych, stosuje się przepisy dotychczasowe, jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2008 r. Dodać należy, iż także przepisy poprzednio obowiązującego

rozporządzenia – Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13.08.2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2002 r. Nr 142 poz. 1189 z późn. zm.) zawierały podobne wyłączenie. Wg § 10 pkt 1 ww. Rozporządzenia wyłączenia nie stosowało się do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień, mają na celu lub powodują ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem.

Postanowienia, które ograniczają prawa nabywcy do ustalania ceny odsprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów zwane są **klauzulami niedozwolonymi** („klauzule czarne”). Ustalanie pomiędzy producentem, głównym hurtownikiem danych towarów, a dilerami cen minimalnych, czyli cen poniżej których dany produkt nie może być odsprzedawany lub też cen sztywnych (cen o ustalonej wysokości), jest z mocy prawa zakazane i stanowi ciężkie naruszenie prawa konkurencji. Jak zauważył Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Metro v. Komisja* „swoboda w kształtowaniu cen na rynku jest jednym z najistotniejszych aspektów konkurencji niezakłóconej, a każde niedozwolone wywieranie wpływu na sposób ustalania cen podlega zakazowi.”⁹

W związku z poczynionymi powyżej uwagami, dla prawnego bytu praktyki ograniczającej konkurencję opisanej w art. 6 ust. 1 pkt 1 niezbędne jest więc w rozpatrywanym przypadku łączne wystąpienie następujących przesłanek:

1) zawiązanie się porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 i art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...);

2) nielegalny charakter porozumienia w postaci kwalifikowanego celu lub skutku porozumienia którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym poprzez ustalenie bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

4.3. Zawiązanie porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 i art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) - forma zawartego porozumienia

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie (...), 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 jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,

c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Definicja porozumienia w powyższym brzmieniu jest definicją szeroką,

⁹ Sprawa 26/76 *Metro v. Komisja* [1977] ECR 1875

pozwalającą na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 ustawy o ochronie (...) wszelkich form skoordynowanych zachowań niezależnie działających przedsiębiorców lub ich związków, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Warunkiem uznania określonych skoordynowanych działań przedsiębiorców za porozumienie jest ich dobrowolność u wszystkich uczestników.

Podkreślić należy, iż zgodnie z obowiązującym orzecznictwem zakazane ww. ustawą porozumienie nie musi mieć wyłącznie formy umowy pisemnej. Może nim być również każde, podjęte w jakiegokolwiek formie uzgodnienie przedsiębiorców lub związków przedsiębiorców skierowane przeciwko osobom trzecim, nie będącymi stronami porozumienia. Efektem takich uzgodnień jest skoordynowanie zachowań rynkowych konkurentów, zaś celem wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji, czyli wyeliminowanie niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania członków porozumienia (por. wyrok S.A. w Warszawie z dnia 5.10.2005 r., sygn. akt VI A Ca 1146/04).

Wprowadzenie do ustawy antymonopolowej pojęcia uzgodnienia jako formy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję ma na celu objęcie zakazem art. 6 tej ustawy także takich form celowej i świadomej współpracy, którym przedsiębiorcy nie zamierzali nadać wiążącego charakteru, a w szczególności form współpracy faktycznej. Praktyki uzgodnione, to zatem takie „formy koordynacji między przedsiębiorstwami, które nie doprowadziły do zawarcia umowy, ale świadomie pozwalają praktycznej kooperacji między nimi zająć miejsce konkurencji powiązanej z ryzykiem”¹⁰. Innymi słowy, są to wszelkie działania, których celem jest wpływ na zachowania rynkowe, a w szczególności usunięcie niepewności co do postępowań innych przedsiębiorców albo utrzymanie lub zmiana w specjalny sposób polityki handlowej jakiegoś przedsiębiorstwa, gdy nie jest ona zależna od gry sił rynkowych.

Porozumienie może dojść do skutku w jakiegokolwiek formie. Przykładem porozumień może być np. nawet sama wymiana informacji pomiędzy przedsiębiorcami, co do cen lub kosztów, skutkiem czego może dojść na rynku do ujednolicenia cen. Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, że antykonkurencyjne porozumienie nie musi przybierać formy pisemnej umowy. Często porozumienie zawierane jest ustnie, a o jego obowiązywaniu świadczą jedynie określone działania rynkowe jego uczestników.

Porozumienie może zatem przybrać formę umowy dwustronnej lub wielostronnej, ustnej lub pisemnej, wyraźnej bądź też dorozumianej. Często jednakże stosunki handlowe łączące kontrahentów mogą nadawać charakter porozumienia antykonkurencyjnego 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”.¹¹

Jak zostało już wykazane powyżej, aby uznać dane zachowanie za porozumienie nie jest konieczne zawarcie pisemnej, sformalizowanej umowy. Za niezgodne z prawem konkurencji uważane są również porozumienia nieformalne.

W przedmiotowej sprawie zostały zgromadzone **dowody bezpośrednie,**

¹⁰ wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1972r. w sprawie Imperial Chemical Industries Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, Zb. Wyr. ETS 1972, s. 619 za: Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, s. 28

¹¹ Podobne stanowisko przyjęła Komisja Europejska w decyzjach: 98/273/WE Volkswagen, 2006/431/WE SEP i inni v. Automobiles Peugeot SA.

wskazujące na istnienie porozumienia cenowego - w formie **pisemnej umowy** - pomiędzy spółką WIDEX Polska a jego dilerami (pozostałymi Uczestnikami postępowania).

Podmioty te ograniczyły swoją swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Uzgodnienie to polegało na umownym zobowiązaniu się stron do stosowania wynikających z umów dystrybucji zasad ustalania ceny odsprzedaży – ceny minimalnej. W zawartych umowach dystrybucyjnych stwierdzono bowiem, iż: (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 21 Załącznika nr 4 do Decyzji*).

W celu udowodnienia, że doszło do praktyki ograniczającej konkurencję, nie jest konieczne wykazanie, że przedsiębiorstwo w formalny sposób zobowiązało się, wobec jednego lub wielu innych podmiotów przyjąć określony sposób postępowania lub, że przedsiębiorstwa uzgodniły, jakie będzie ich przyszłe zachowanie na rynku. Wystarczy już samo stwierdzenie zamiaru, że przedsiębiorstwo wykluczyło lub, przynajmniej, w istotny sposób zmniejszyło niepewność co do zachowania, jakiego można się spodziewać na rynku z jego strony¹². Bez znaczenia, w ocenie Prezesa Urzędu, jest więc czy strony przedmiotowego postępowania uważały się za związane – prawnie, faktycznie lub moralnie – do podjęcia uzgodnionych działań.¹³ Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie działania, które prowadzą do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji, a tym samym ryzyka gospodarczego, co powoduje powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji.

Jak trafnie zauważył Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 października 2005 r.: *„istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.”*¹⁴

W opinii Prezesa Urzędu przyzwolenie na zawarcie porozumienia może mieć również charakter milczący. Przedsiębiorca, który ewidentnie nie uczestniczy w niezgodnym z prawem porozumieniu powinien dowieść, że otwarcie zdystansował się od owego porozumienia. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 10 maja 2006 r. stwierdził, że *„porozumieniem jest także faktyczne stosowanie się do reguł określonych przez inne podmioty. Postępujące w ten sposób podmioty działają w sposób uzgodniony, a nie wynikający z rynkowej konieczności. Przedsiębiorca który nie tylko otwarcie nie dystansuje się od porozumienia, które ma na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, ale wręcz stosuje się*

¹² Por. wyrok SPI z dnia 14.05.1998 r. w sprawie T-347/94 *Mayr-Melinho Kartongesellschaft GmbH v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. orz. 1998, II-1751, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej, Orzecznictwo, Tom II Część 1*

¹³ Analogiczne stanowisko przyjął Prezes Urzędu w decyzji nr RPZ 23/2006 z dnia 25 sierpnia 2006 r., za: wyrok SPI z dnia 14.05.1998 r. w sprawie T-347/94 *Mayr-Melinho Kartongesellschaft GmbH v. Komisja*

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r. ., sygn. akt VI ACa 1146/04

do jego treści, staje się jego rzeczywistym uczestnikiem. Stwarza w ten sposób, przynajmniej wrażenie, że jego nastawienie jest analogiczne jak konkurentów.”¹⁵

Konkludując, należy stwierdzić bezspornie, iż na krajowym rynku hurtowej sprzedaży aparatów słuchowych doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mówi art. 4 pkt 5 lit. a) ustawy o ochronie (...) pomiędzy WIDEX Polska a jej dilerami (pozostałymi Uczestnikami postępowania). Porozumienie to ma **formę pisemnej umowy**.

Tym samym spełniona została pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) polegająca na zawiązaniu się porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 i art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...).

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

W myśl art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio cen sprzedaży towarów.

Niezbędnym zatem dla stwierdzenia nielegalności porozumienia jest określenie jego celu lub skutku, tzn. czy:

1. **celem** jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,

lub

2. gdy cel porozumienia nie został sformułowany, antykonkurencyjne są **skutki** porozumienia w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Zauważyć należy, iż Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznał, że „stosownie do treści art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (obecnie art. 6), zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 (obecnie art. 6 ust. 1 pkt 1) nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia”¹⁶. Rozróżnienie „naruszeń ze względu na cel” i „naruszeń ze względu na skutek” jest związane z okolicznością, że pewne formy porozumienia między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji¹⁷.

Cel porozumienia można określić jako wolę jego uczestników osiągnięcia zamierzonego celu. Wola ta może być wyrażona w treści określonego dokumentu, jak również może wynikać z okoliczności zawarcia danego porozumienia. Aby

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 maja 2006 r. ., sygn. akt XVII AmA 13/05

¹⁶ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02

¹⁷ Wyrok TSWE z 20.11.2008 r. w sprawie C 209/07 Competition Authority przeciwko Blef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) w opracowaniu E. Skibińskiej w „Porozumienia mające na celu ograniczenie konkurencji” – art. 81 ust. 1 TWE, e-prenumerata 15.12.2008

porozumienie uznane zostało za niezgodne z prawem celem porozumienia powinna być eliminacja, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji.

Warto zauważyć, iż dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania¹⁸.

W opinii Prezesa Urzędu do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **wystarczające jest wykazanie, że celem porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji i nie ma znaczenia, czy cel ten został osiągnięty.** Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹⁹, „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.”

Ponadto Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że „(...) dla uznania konkretnego działania albo zaniechania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywoływało skutki na rynku. Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już bowiem sama **możliwość** wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji”.²⁰

Natomiast Europejski Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie podnosił, że nie ma potrzeby brać pod uwagę rzeczywistych skutków porozumienia, jeżeli jego celem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji²¹.

W przedmiotowej sprawie celem porozumienia zawartego pomiędzy spółką WIDEX, a pozostałymi uczestnikami przedmiotowego postępowania, było ujednoczenie poziomu cen sprzedaży detalicznej na aparaty słuchowe marki WIDEX®. Powyższe wynika bezpośrednio z treści postanowień jakie umieszczone zostały w umowach dystrybucyjnych, zawartych przez spółkę WIDEX z pozostałymi uczestnikami postępowania. Umowy stanowiły, iż zmiana ceny dopuszczalna jest w przedziale (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 22 Załącznika nr 4 do Decyzji). Zatem antykonkurencyjny cel zawartych umów jest wyraźny.

Cena towaru stanowi jeden z podstawowych obszarów rywalizacji rynkowej między przedsiębiorcami, będąc tym samym podstawowym czynnikiem wyznaczającym warunki konkurencji²². Mechanizm konkurencji cenowej kształtowany jest przez rynek, tj. decyzje podejmowane są przez konsumentów. Konkurencja cenowa, powinna prowadzić do obniżenia poziomu cen na dane towary, co jest zjawiskiem korzystnym dla konsumentów. W konsekwencji

¹⁸ Z. Jurczyk w: Kartele w prawie konkurencji Unii Europejskiej – skutki dla Polski Wybrane Zagadnienia polityki konkurencji UOKiK Warszawa 2004 s. 36

¹⁹ Wyrok SOKiK z dnia 7 lipca 2004 r. sygn. akt XVII Ama 65/03

²⁰ Wyrok SOKiK z dnia 15 lipca 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 32/98),

²¹ 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.

²² K. Kohutek w: Komentarz ... s. 263 i n.....

konkurencji cenowej wymuszone zostaje na przedsiębiorcach podnoszenie efektywności działania, celem redukcji kosztów działania, oferowania towarów po cenach niższych, niż czyni to konkurent. Porozumienia cenowe zmierzają co do zasady do podwyższeniem ceny powyżej poziomu ceny rynkowej.

Obowiązująca ustawa o ochronie (...) zakazuje porozumień ustalających ceny zarówno w sposób bezpośredni, jak i pośredni. W sposób bezpośredni ustala się ceny wskazując konkretną kwotę za jaką ma być zbyty dany towar, pośrednie ustalanie cen odbywa się zaś poprzez określenie czynników mających wpływ na wysokość ceny, albo zakazanie niektórych działań w przypadku kształtowania cen np. ograniczenie udzielania rabatów, ustalenie terminów płatności, uzależnianie wysokości ceny odsprzedaży od ceny odsprzedaży konkurentów itp.

Ustalanie marż, prowizji oraz narzutów stanowi bezpośrednio ustalanie cen. Wg art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie (...) ceną jest bowiem cena, opłaty o charakterze cen, marże handlowe, prowizje i narzuty do cen.

Wskazać należy, iż z uwagi na określenie dolnego i górnego pułapu ceny, ceny dzielą się na ceny maksymalne i minimalne.

Ceną maksymalną jest cena, która nie może zostać przekroczona. W zdecydowanej większości przypadków zawieranie przez przedsiębiorców porozumień dotyczących ukształtowania ceny maksymalnej nie stanowi naruszenia prawa konkurencji, gdyż tego typu porozumienia korzystne jest dla konsumentów. Prowadzą one do utrzymania niskich cen detalicznych towarów, czy nawet do ich obniżenia, skłaniając jednocześnie przedsiębiorców do obniżenia kosztów. Porozumienia dotyczące cen maksymalnych eliminują też z rynku nieefektywnych dystrybutorów (dilerów). Ceny maksymalne nie szkodzą też konkurencji wewnątrzmarkowej ponieważ w ramach jednej marki walka konkurencyjna w zasadzie nie odbywa się poprzez podwyższanie cen. Wg polskiego prawa antymonopolowego legalność porozumienia wertykalnego ustalającego ceny maksymalne zależy co do zasady od wielkości udziału w rynku właściwym - § 4 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, stanowi, że wyłączone spod zakazu są porozumienia wertykalne, jeżeli udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30 %. Podobne uregulowanie obowiązywało w § 5 ust. 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Wg danych uzyskanych przez Prezesa Urzędu w toku przeprowadzonego w 2006 r. badania rynku udział WIDEX Polska w rynku dystrybucji aparatów słuchowych wynosił (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 23 Załącznika nr 4 do Decyzji). Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu nie zanegował legalności ustalania przez WIDEX Polska i pozostałych Uczestników porozumienia zasad kształtowania ceny maksymalnej na aparaty słuchowe (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 24 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Inna kwalifikacja obowiązuje w przypadku porozumień określających cenę minimalną (co w nn. przypadku odbyło się poprzez ustalenie maksymalnego progu obniżenia ceny sugerowanej w cenniku – (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 25 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Określenie ceny minimalnej eliminuje konkurencję cenową, co jest zjawiskiem niekorzystnym zarówno dla konsumentów jak i gospodarki. Ceny minimalne w dłuższej perspektywie prowadzą do podwyższenia ich poziomu,

utrudniają pojawienie się na rynku tańszych form dystrybucji itp. Z uwagi na szereg powyższych negatywnych konsekwencji związanych z występowaniem porozumień ustalających ceny sztywne lub minimalne, porozumienia te nie korzystają ze zwolnienia spod zakazu porozumień ani na mocy przepisów prawa polskiego (§ 7 pkt 1 rozporządzenia wert. Z 2007 r., § 10 pkt 1 rozporządzenia wert. z 2002 r.), ani prawa wspólnotowego (ROZPORZĄDZENIE KOMISJI (WE) NR 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu). W Obwieszczeniu Komisji: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych wskazano, że jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji dotyczy narzucania cen odsprzedaży²³. Z uwagi na swój charakter porozumienie takie nie korzysta z wyłączenia generalnego, ani indywidualnego.

Ustalenia co do stosowania cen minimalnych znalazły się w umowach zawartych przez WIDEX Polska z pozostałymi Uczestnikami. W umowach dystrybucyjnych jednoznacznie stwierdzono, (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 26 Załącznika nr 4 do Decyzji). Formułując powyższe postanowienie WIDEX Polska zastrzegł minimalną cenę odsprzedaży, wskazał bowiem sztywną granicę kształtowania cen detalicznych przez dilerów. Z uwagi na literalną jednoznaczność zapisów umownych nie można podzielić stanowiska WIDEX Polska, wg którego zawarte umowy określały jedynie zasady kształtowania cen maksymalnych. Także zawarta w umowie sankcja dotyczyła przypadku gdy diler określi cenę poniżej określonych wartości.

W konkluzji powyższego stwierdzić należy, iż zapisy jakie obowiązywały w zawartych przez WIDEX umowach dystrybucyjnych, uniemożliwiały kontrahentom WIDEX Polska swobodne kształtowanie ceny towarów. Stosowanie przez uczestników rynku w związku z zawartym porozumieniem cen minimalnych jest zaś w każdych warunkach działaniem antykonkurencyjnym. Płynące z badania rynku wnioski, iż oferty cenowe aparatów słuchowych różnych marek na poziomie poszczególnych klas są zbliżone do siebie, a konkurencja w zakresie dystrybucji aparatów słuchowych odbywa się raczej w sferze jakości oraz informacji, w mniejszym zaś stopniu w zakresie cen potwierdzają to. Powyższe wskazuje, iż importerzy czy główni hurtownicy nie są zainteresowani tym, aby popyt na dany towar kształtowała cena, a walka między nimi odbywała się poprzez walkę cenową.

Pamiętać należy, iż wielkość i struktura popytu na dane dobro zależy od wielu czynników, które mogą być w różny sposób klasyfikowane, np. czynniki ekonomiczne i nieekonomiczne.

Nie podejmowanie walki cenowej przez dystrybutorów, głównych hurtowników zapewnia im pewną stabilizację na rynku. Działania tego typu nie mogą jednak spotkać się z aprobatą ze strony Prezesa Urzędu, tego typu polityka nie służy oferowaniu konsumentom cen przystępnych. W tym zakresie Prezes Urzędu nie może także podzielić stanowiska WIDEX Polska, iż wskazany sposób kształtowania cen przez WIDEX Polska miał uniemożliwić kształtowanie przez sprzedawców cen zbyt wysokich, z drugiej zaś strony pozwolić na monitorowanie nadmiernego obniżania cen poprzez mechanizm uzyskiwania akceptacji, wszystko to zaś miało zapewnić utrzymanie na właściwym poziomie obsługi klienta, gdyby bowiem punkty doboru i sprzedaży aparatów słuchowych, konkurowały ze sobą poziomem cen a nie jakością usług, interes pacjenta i jego zdrowie narażone zostałyby na szwank. W ocenie Prezesa Urzędu decyzje cenowe powinny być bezwzględnie wynikiem indywidualnych działań podjętych ze strony sprzedawców w oparciu o obowiązującą sytuację rynkową. Odpowiednią jakością usług, dilerzy powinni zaś zapewnić poprzez wybór odpowiednich ludzi, ich szkolenie oraz

²³ Obwieszczenie Komisji: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. WE 2000 C 291/1)

poczynienie niezbędnych inwestycji – będących odzwierciedleniem sytuacji finansowej przedsiębiorstwa, ukształtowanej w oparciu o obrót przedsiębiorstwa nie zaś rygorystycznie, odgórnie określona przez głównego hurtownika cenę oferowanego towaru. Dążąc do uzyskania wysokiego standardu usługi doboru i sprzedaży aparatów słuchowych marki WIDEX®, WIDEX Polska nie może uciekać się do działań niezgodnych zasadami gospodarki rynkowej, godzącymi w nią. Koszty związane z zapewnieniem przez WIDEX bezpłatnej opieki nad aparatem słuchowym, serwis gwarancyjny i pogwarancyjny jakiego udziela firma niewątpliwie kalkulowany jest przez głównego hurtownika aparatów słuchowych na tym szczeblu dystrybucji, na którym on sam dokonuje transakcji, główny hurtownik nie powinien kalkulować kosztów ponoszonych przez dalszych sprzedawców i narzucać im cen odsprzedawanych towarów. Niska jakość oferowanych usług – jak na warunki prowadzenia działalności w danej branży - z pewnością wymusi na przedsiębiorcy podjęcie odpowiednich działań, celem dalszego efektywnego prowadzenia działalności gospodarczej w przedmiotowym zakresie.

Praktyka ustalania cen odsprzedaży przez spółkę WIDEX i jej dilerów, sprzeniewierza się dwóm podstawowym cechom chronionej w prawie antymonopolowym efektywnej konkurencji. Minimalne ceny odsprzedaży pozbawiają bowiem jednego z uczestników rynku tj. dilerów zdolności do bezpośredniego kształtowania w relacji z nabywcą cen sprzedawanych przez siebie produktów. Tym samym producent pozbawiając samodzielności cenowej swoich dilerów sprawia, że ceny nie mogą być zróżnicowane. W ten sposób producent eliminuje też niepewność, co do wzajemnego zachowania się cenowego, dilerów pracujących w sieci dystrybucyjnej. Skutkiem tego jest wyeliminowanie cenowej konkurencji między dilerami. Stosowanie konstrukcji minimalnych cen odsprzedaży doprowadza do zaniku wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: *„ustalenie ceny, nawet takiej, która ma jedynie charakter rekomendacji ogranicza konkurencję, ponieważ umożliwia wszystkim uczestnikom rynku przewidzieć z dużym stopniem prawdopodobieństwa, jaka będzie polityka cenowa ich konkurentów, zwłaszcza jeśli istnieje możliwość przeprowadzania kontroli i pociągnięcia do odpowiedzialności za ich niestosowanie”* (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 8/72 *Vereeniging van Cementhandelaren* [1972] ECR 977, par. 21).

Faktu, iż takie postępowanie stanowi naruszenie bezwzględnie przez prawo zakazane nie zmienia także okoliczność, iż kontrahenci inicjatora porozumienia nie stosują się do niego – a na co starali się wskazywać Uczestnicy porozumienia, tłumacząc iż w większości umów sprzedaży zawieranych na rzecz konsumentów stosowali indywidualną politykę cenową. Jak zauważyła Komisja w decyzji w sprawie *Yamaha*, nie stosowanie się dystrybutorów do cen „rekomendowanych”, które faktycznie są cenami minimalnymi (lub sztywnymi) nie oznacza, że w danym przypadku nie ma naruszenia reguł konkurencji. **Fakt istnienia w danym dokumencie klauzuli ograniczającej bezpośrednio lub pośrednio swobodę dystrybutora do ustalania cen odsprzedaży już samo w sobie jest naruszeniem konkurencji.**²⁴

Wypada podkreślić, iż nawet, gdyby intencje Uczestników postępowania nie były wprost wyrażone, jest oczywiste – co wynika z teorii ekonomii – iż celem przyjęcia do wspólnego stosowania przez przedsiębiorców cen minimalnych (podobnie cen sztywnych) na tego samego rodzaju produkty jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji cenowej. Bez znaczenia dla oceny faktu zawarcia tego porozumienia jest okoliczność, czy w efekcie doszło do ujednolicenia cen u dilerów.

²⁴ Decyzja w sprawie *Yamaha* (COMP/37.975/PO)

Tak więc, dla stwierdzenia zarzucanej praktyki **decydujące znaczenie ma sam fakt ustalenia cen**, nie zaś to, czy były one rzeczywiście stosowane przez przedsiębiorców działających na rynku. Stanowisko takie znajduje oparcie m.in. w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 246/86 *Belasco* [1989] ECR 2117, w którym orzekł on, **że nawet w przypadku, gdy uprzednio ustalone ceny nie są przestrzegane w praktyce uznać należy, że decyzja wprowadzająca te ceny ma na celu ograniczenie konkurencji**. Również Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu z dnia 29 listopada 2005 r. w sprawie *Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG v. Commission* wskazał, iż z faktu, że przedsiębiorstwa dokonywały sprzedaży poniżej cen odniesienia, nie można wywieść, że porozumienie nie wywołało negatywnych skutków. Korzyść uczestników porozumienia wynikała z wzajemnej wiedzy o stanowisku w przedmiocie cen, co niemalże w całości zlikwidowało wzajemną niepewność w relacjach handlowych.²⁵

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego²⁶ **praktykę narzucenia dilerom ceny odsprzedaży towarów ściśle według ceny z cennika należy uznać za niedozwoloną ingerencję w te decyzje uczestnika sieci, które muszą pozostać w sferze jego swobodnego wyboru**. Tylko w takim przypadku, gdy żaden z uczestników rynku nie jest pewien decyzji cenowych swoich konkurentów można mówić o regulacyjnej roli rynku i swobodzie konkurencji. Zgodnie z powołanym wyrokiem Sądu, na samą istotę omawianej praktyki nie ma nawet wpływu okoliczność niekarania przez producenta swoich dilerów za nieprzestrzeganie narzuconych cen odsprzedaży. Także w innym wyroku Sądu Antymonopolowego²⁷ stwierdza się, **iż narusza prawo porozumienie tworzące sieć handlową, jeżeli zawiera po stronie odsprzedawcy klauzule restrykcyjne, a w szczególności stosowania ściśle określonych cen**. Dodać należy, iż podobne stanowisko w zakresie stosowania w ramach porozumień wertykalnych cen sztywnych zajął **Sąd Najwyższy**; w wyroku z dnia 16 stycznia 2003 r.²⁸ SN stwierdził, iż „narzucanie (...) ceny odsprzedaży (...) ściśle według cennika (...) jest niedozwoloną ingerencją w ich (dystrybutorów) samodzielność handlową, która usprawiedliwia uznanie jej za praktykę monopolistyczną, wymienioną w art. 5 ust. 1 pkt 1 (obecnie art. 6 ust. 1 pkt 1) cytowanej ustawy. Należy ona do grupy praktyk, określanych w piśmiennictwie mianem porozumień wertykalnych, na podstawie których producent zapewnia sobie kontrolę rynku poprzez wyznaczenie sprzedawcy ceny, po jakiej ten ma sprzedawać jego wyroby. Prowadzi to do zakłócenia naturalnych mechanizmów rynkowych, kształtowanych prawami podaży i popytu, pozbawiając sprzedawcę możliwości indywidualizacji cen. Antykonkurencyjne ostrze takich praktyk jest więc oczywiste (...)”

W świetle ustawy antymonopolowej **zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić**. Doświadczenie uczy, iż profesjonalni uczestnicy rynku - jakimi niewątpliwie są Uczestnicy postępowania, zawierający porozumienie ograniczające konkurencję, dobrze znają rynek i swoje możliwości wpływania na niego. Toteż już **samo udowodnienie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję winno powodować uznanie tej czynności za bezprawną**.

²⁵ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 29 listopada 2005 r. w sprawie *Dr Hans Heubach GmbH v. Commission* (T-64/02),

²⁶ Wyrok S.A. z 31 maja 2000 r. sygn. akt XVII Ama 49/99

²⁷ Wyrok S.A. z 25 czerwca 1997 r. sygn. akt XVII Ama 19/97

²⁸ sygn. akt I CKN 1200/00

W sprawie niniejszej **antykonkurencyjny cel** porozumienia widoczny jest w samej treści zapisów umownych: (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 27 Załącznika nr 4 do Decyzji).

Treść powyższych zapisów wraz z ich akceptacją przez wszystkich pozostałych Uczestników postępowania stanowi dowód bezpośredni na zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia cenowego pomiędzy WIDEX Polska a każdym z pozostałych Uczestników postępowania.

W ocenie organu antymonopolowego nie można również uznać, iż dilerzy przystępując do porozumienia cenowego działali w stanie tzw. „wyższej konieczności”. Należy mieć na uwadze, iż przedsiębiorcy ci nie musieli wcale przystępować do tego porozumienia i zgadzać się na warunki umowy zaproponowane im przez WIDEX Polska. Przystąpienie do tego porozumienia przez dilerów było **dobrowolne** (strony podpisały umowę), spowodowane głównie zamiarem posiadania w swojej ofercie wyrobów ww. Spółki oraz dostępem do usług serwisowych oferowanych przez Spółkę.

Tym samym spełniona została druga przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) polegająca na celu lub skutku porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Ze względu na bezwzględny charakter zakazu porozumień cenowych, antykonkurencyjnego celu porozumienia nie niweczy fakt, iż WIDEX Polska zawarł kwestionowane porozumienie z ograniczoną częścią spośród swoich kontrahentów, z uwagi na naruszenie interesu społecznego w dalszym ciągu bowiem istnieje obowiązek jego ochrony przez Prezesa Urzędu.

W stosunku do zawartego między przedsiębiorcami porozumienia, brak jest także podstaw do zastosowania art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie (...).

Wg art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie (...), zakazu o którym mowa w art. 6 ust. 1 nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;

2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;

3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;

4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Zastosowanie ww. przepisu możliwe jest w przypadku łącznego wykazania przez przedsiębiorcę wszystkich czterech wskazanych ww. przepisem przesłanek.

Ideą wprowadzenia powyższej regulacji było odwołanie się do tzw. reguły rozsądku (rule of reason). Przyjęto, że dla ustalenia dopuszczalności danego porozumienia trzeba dokonać swego rodzaju bilansu ekonomicznego tj. porównania korzyści jakie porozumienie to przynosi, z zakłóceniami konkurencji wywołanymi wskutek jego zawarcia²⁹. Takimi korzyściami są wzrost produkcji, postęp techniczny, obniżki cen, utrzymanie poziomu zatrudnienia itd. Kiedy korzyści chociażby równoważą stopień i zakres ograniczenia konkurencji wskutek danego porozumienia, porozumienie takie powinno być dopuszczone ze względu właśnie na

²⁹ K. Kohutek w: Komentarz s. 311

powyższą regułę rozsądku. W doktrynie zgodnie wskazuje się, iż art. 8 ust. 1 bardzo rzadko znajdzie zastosowanie do najcięższych rodzajów ograniczeń konkurencji, a takimi z pewnością są porozumienia cenowe. Tego typu naruszeniom trudno bowiem przypisać cechę przynoszenia obiektywnych korzyści gospodarczych. Z tego też względu tego typu postanowienia stanowią klauzulę czarną. Sam fakt zawarcia porozumienia cenowego pozwala przyjąć iż celem stron jest ograniczenie konkurencji³⁰.

W ust. 2 powołanego przepisu wskazuje się, iż ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1, spoczywa na przedsiębiorcy. W tożsamy sposób kwestia ta uregulowana została w prawie wspólnotowym. Wg art. 2 rozporządzenia RADY (WE) NR 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu - w każdym krajowym lub wspólnotowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 81 i 82 Traktatu, ciężar udowodnienia naruszenia art. 81 ust. 1 lub art. 82 Traktatu spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie. Przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw ubiegający się o wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu ma obowiązek udowodnienia, że przesłanki określone w tym przepisie są spełnione. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy o ochronie (...) przerzucający na przedsiębiorcę powinność wykazania okoliczności z art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie (...) stanowi niewątpliwie odstępstwo od ogólnych zasad postępowania administracyjnego zawartych w kodeksie postępowania administracyjnego nakazujących organowi podjąć wszelkie kroki niezbędne do wyjaśnienia stanu faktycznego. Zastosowanie przepisów ustawy wyprzedza jednak stosowanie przepisów kpa. Zgodnie z art. 83 ustawy o ochronie (...) kodeks postępowania administracyjnego stosuje się do postępowania przed Prezesem Urzędu jedynie w sprawach nieuregulowanych w ustawie o ochronie (...). Rozwiązanie to stanowi konsekwencję tego, iż przedsiębiorca wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne z udowodnienia okoliczności wskazanych w powołanym przepisie.

WIDEX Polska i Uczestnicy porozumienia nie wykazali przesłanek o których mowa w art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie (...). W sprawie nn. zawarte porozumienie – z obiektywnego punktu widzenia – nie przyniosło korzyści gospodarczej. Nie przyczyniło się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów, czy postępu technicznego lub gospodarczego. Fakt, iż WIDEX Polska zapewnia świadczenie usług doboru i sprzedaży aparatów słuchowych przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach, jakkolwiek jest korzystny dla konsumentów, nie jest konsekwencją porozumienia będącego przedmiotem nn. decyzji, i jako taki nie może stanowić dla niego żadnego usprawiedliwienia. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, pomiędzy postulowanymi korzyściami z porozumienia, a samym porozumieniem musi istnieć związek przyczynowy, o którym z oczywistych względów w nn. przypadku mówić nie można³¹. Nie jest możliwe świadczenie usług doboru i sprzedaży aparatów słuchowych bez odpowiedniej wiedzy i zaplecza technicznego.

Brak spełnienia przez porozumienie wskazanej przesłanki, oznacza zbędność dokonywania analizy pozostałych. Jak wskazano wyżej, wszystkie cztery przesłanki określone w art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie (...) zaistnieć muszą łącznie, w konsekwencji w sprawie nn. Prezes Urzędu nie może zastosować reguły rozsądku.

W związku z tym, iż w listopadzie 2007 r. WIDEX rozpoczął proces zmiany postanowień umownych które określały zasady kształtowania cen przez kontrahentów – zmiana treści obowiązujących umów odbyła się poprzez

³⁰ K. Kohutek w: Komentarz ... s. 302

³¹ por. Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, Dz. Urz. WE z dnia 27 kwietnia 2004 r. nr 2004/C/101/08, pkt 50 i 54

przygotowanie nowych umów, które zastąpić miały treść poprzednio obowiązującego kontraktu, niniejsza decyzja została wydana w oparciu o art. 11 ust 2 ustawy antymonopolowej, zgodnie z którym w przypadku gdy przedsiębiorca przestał naruszać zakaz określony w art. 6 ustawy o ochronie (...), Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

W odniesieniu do art. 11 ustawy o ochronie (...) wskazać należy, iż z nowo zawartych umów wyeliminowane zostały zapisy umowne, które określały zasady kształtowania cen przez dystrybutorów (dealerów).

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu przyjął iż WIDEX Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ślęży, zaniechał stosowania porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży hurtowej aparatów słuchowych, polegającego na ustaleniu w umowach dystrybucyjnych zawartych pomiędzy WIDEX Polska Sp. z o.o., a wyszczególnionymi powyżej przedsiębiorcami minimalnych cen odsprzedaży aparatów słuchowych odbiorcom końcowym (cen detalicznych) i z następującymi przedsiębiorcami:

1. Wojciechem Zawadą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ACUSTIC Protetyka Słuchu Wojciech Zawada w Oleśnie,
2. Jerzym Klimas prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą AMPLIVOX Jerzy Klimas w Warszawie,
3. Sylwią Gajda prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Aparaty Słuchowe SYLWIFON Sylwia Gajda w Białobrzegach,
4. Małgorzatą Komornicką prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Auris – Ton Aparaty Słuchowe Małgorzata Komornicka w Gorzowie Wielkopolskim,
5. Andrzejm Lurką prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. ALEX Andrzej Lurka w Wadowicach,
6. Piotrem Tonderskim prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno – Handlowy Medicare Piotr Tonderski w Białymstoku,
7. Markiem Gwóźdź prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą VISUS CL Marek Gwóźdź w Rybniku,
z dniem 02.11.2007 r.
8. Dorotą Walkowiak prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Fonik – Aparaty Słuchowe Dorota Walkowiak w Wolicy, z dniem 18.12.2007 r.,
9. Piotrem Byczyk prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą BYCZYK Aparaty Słuchowe Piotr Byczyk w Warszawie, z dniem 12.03.2009 r.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt I sentencji.

Kara:

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji 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 ustawy o ochronie (...) w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ustawy o ochronie (...).

Z treści ww. przepisu wynika, iż kara ma charakter fakultatywny, a w związku z tym Prezes Urzędu w ramach uznania administracyjnego decyduje czy zasadne jest w danej sprawie nałożenie kary i w jakiej wysokości. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne i celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 106-108 ustawy o ochronie konkurencji, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 ww. ustawy) przez danego przedsiębiorcę. Na wysokość kary wpływ ma także stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. W judykaturze wskazuje się też, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są również: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć.³²

W sprawie nn. za udowodnione należy uznać, iż doszło do zawarcia pomiędzy spółką WIDEX Polska a pozostałymi Uczestnikami niniejszego postępowania porozumienia na krajowym rynku odsprzedaży aparatów słuchowych, którego założeniem było ustalenie minimalnych cen odsprzedaży, z zamiarem ograniczeniem konkurencji. Przedsiębiorcy dopuścili się zatem naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a który to zakaz nie został wyłączony na podstawie art. 7 i 8 ww. ustawy.

Ustalając karę nałożoną w drodze nn. Decyzji Prezes Urzędu wziął pod uwagę następujące okoliczności.

Naruszenie prawa antymonopolowego, którego dopuścili się przedsiębiorcy wskazani w sentencji nn. Decyzji, Prezes Urzędu zaliczył do **naruszeń pozostałych**. Uznając powyższe, Prezes Urzędu uwzględnił m.in. prawną kwalifikację zachowania przedsiębiorców. Porozumienie ograniczające konkurencję zawiązane zostało między podmiotami działającymi na różnym szczeblu obrotu gospodarczego, czyli było porozumieniem wertykalnym. Porozumienie to dotyczyło ustalenia minimalnych cen odsprzedaży aparatów słuchowych oferowanych przez WIDEX, co kwalifikuje praktykę jako poważne naruszenie prawa konkurencji. Zachowanie takie umożliwiło WIDEX Polska utrzymywanie cen na oferowane przez Spółkę towary na ponadkonkurencyjnym poziomie, nie będącym odzwierciedleniem sytuacji rynkowej. Podpisując powyższe umowy dystrybucyjne dilerzy z jednej strony rezygnowali ze swobody ustalania cen odsprzedaży, z drugiej zmniejszali niepewność co do zachowania się na rynku innych (pozostałych) dilerów. Sprzedawcy detaliczni zobowiązali się bowiem, że nie będą sprzedawać towarów nabywanych od WIDEX poniżej określonego przez dostawcę poziomu. Celem zatem zawartego porozumienia było przede wszystkim ograniczenie konkurencji cenowej wewnątrzmarkowej pomiędzy dilerami, zwiększenie przejrzystości stosowanych cen detalicznych oraz ograniczenie samodzielności dilerów w ustalaniu cen odsprzedaży. Stwierdzona praktyka niewątpliwie naruszała fundamentalną zasadę suwerenności niezależnych podmiotów w podejmowaniu decyzji rynkowych.

³² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98

Co do zasady porozumienia o wskazanej wyżej charakterystyce, tj. porozumienia ustalające minimalne ceny odsprzedaży, traktowane są jako poważne naruszenia prawa konkurencji. Prezes Urzędu wziął jednak pod uwagę niewielki udział przychodów ze sprzedaży aparatów słuchowych na rzecz wskazanych na wstępie przedsiębiorców w przychodach WIDEX. Łączne obroty WIDEX Polska z tymi podmiotami nie przekraczają (tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 28 Załącznika nr 4 do Decyzji) obrotów tego przedsiębiorcy. Okoliczność powyższa wskazuje, iż nawet potencjalne skutki rynkowe naruszenia nie były znaczne, co pozwala zakwalifikować je do grupy naruszeń pozostałych.

Kara dla WIDEX Polska Sp. zo.o.

Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności antykonkurencyjny charakter stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję, w pełni uzasadniają nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę będącego inicjatorem porozumienia, tj. spółkę WIDEX Polska Sp. zo.o.

W stosunku do WIDEX Polska Prezes Urzędu nałożył karę w dolnej granicy. Nałożona kara w wysokości 33 613 zł stanowi (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 29 Załącznika nr 4 do Decyzji) przychodu Spółki. Jako podstawę obliczenia kary przyjęto przychód osiągnięty przez WIDEX Polska w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary tj. 2008 r., przychód za ten rok wyniósł (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 30 Załącznika nr 4 do Decyzji).

W aspekcie wymierzanej przedsiębiorcy kary, wskazać należy, iż Prezes Urzędu zaliczył przedmiotową praktykę do pozostałych naruszeń prawa antymonopolowego – o czym była już mowa wyżej. Kierując się naturą nn. naruszenia oraz potencjalnymi skutkami jakie mogło ono wywołać, Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości 37 347,89 zł, co stanowi (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 31 Załącznika nr 4 do Decyzji) przychodu i (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 32 Załącznika nr 4 do Decyzji) maksymalnego wymiaru kary.

Przy wymiarze kary Prezes Urzędu uwzględnił specyfikę rynku i działalności przedsiębiorcy, w tym fakt, iż praktyka dotyczyła rynku towarów, z których nabywca (osoba z wadą słuchu) nie może zrezygnować lub zastąpić produktami o częściowej choćby substytucyjności. Naruszenie którego dopuścił się WIDEX nie wywarło skutków na rynku, gdyż przedsiębiorcy w zdecydowanej mierze indywidualnie kalkulowali ceny aparatów słuchowych. Waząc powyższe okoliczności, Prezes Urzędu zmniejszył wyjściową kwotę kary dla WIDEX Polska o 10 % tj. do kwoty 33 613,10 zł.

Zawarte przez WIDEX Polska oraz pozostałych wskazanych w sentencji decyzji przedsiębiorców porozumienie obowiązywało przez okres krótszy niż rok, zatem porozumienie to nie było długotrwałe, a wymierzona w stosunku do WIDEX Polska przez Prezesa Urzędu kara nie została z tego tytułu podniesiona.

Waząc wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko charakter praktyki, ale również okoliczności obciążające i łagodzące.

Za okoliczność obciążającą WIDEX Polska Sp. z o.o. Prezes Urzędu uznał fakt, iż Spółka była inicjatorem zawartego między stronami porozumienia i odegrała w nim kluczową rolę. Przedsiębiorca ten sformułował warunki umów dystrybucyjnych i przedstawił je swoim kontrahentom do podpisu. Z uwagi na to, iż WIDEX Polska jest wyłącznym dystrybutorem aparatów słuchowych marki WIDEX®

w Rzeczypospolitej Polskiej, przedsiębiorca który chciał oferować aparaty słuchowe tej marki musiał podpisać umowę z WIDEX Polska. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, można zatem WIDEX Polska Sp. z o.o. przypisać główną odpowiedzialność za wprowadzenie klauzuli ograniczającej konkurencję do obrotu gospodarczego. W ocenie Prezesa Urzędu naruszenie którego dopuścił się WIDEX miało charakter umyślny, przedsiębiorca świadomy był antykonkurencyjnego celu porozumienia i dążył do osiągnięcia antykonkurencyjnego skutku. Na powyższe wskazuje jednoznaczne brzmienie zapisów umownych oraz wprowadzone do umowy sankcje za nieprzestrzeganie zasad ustalania cen. Prezes Urzędu nie dał wiary wyjaśnieniom przedsiębiorcy wedle treści których, celem zastrzeżeń umownych dotyczących granic kształtowania cen aparatów słuchowych była ochrona dla klientów końcowych przed nadmiernie wysokimi marżami dilerów, zaś sugerowane ceny nie były cenami sztywnymi. Takiemu stanowisku przeczy jednoznacznie fakt, iż w treści zapisów umownych przewidziano zarówno maksymalny jak i minimalny pułap marży, w przypadku nie przestrzegania powyższej zasady WIDEX uprawniony był do rozwiązania umowy bez wypowiedzenia, dodatkowo kontrahenci WIDEX mogli odstąpić od określonych umownie zasad ustalania cen tylko po uzyskaniu akceptacji WIDEX. Zgoda ta musiała być wyrażana przez WIDEX każdorazowo. WIDEX miał świadomość, iż tworząc własną sieć dystrybucyjną opartą na zasadzie współpracy z niezależnymi podmiotami nie mógł inaczej kształtować cen sprzedawanych przez nich produktów. Wprowadzenie do treści umów dystrybucyjnych postanowień dotyczących obowiązku przestrzegania określonego poziomu cen jest równoznaczne z zagwarantowaniem sobie kontroli nad warunkami sprzedaży oferowanych przez niego towarów i ograniczaniem swobody decyzyjnej dilerów. Jak słusznie wskazał Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 11.07.1989r. w sprawie 246/86 *S.C. Belasco i in.* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Orz. ETS 1989, 2117) aby naruszenie było traktowane jako popełnione rozmyślnie, nie jest konieczne, aby *przedsiębiorstwo było świadome naruszenia reguł konkurencji; wystarcza natomiast, że nie mogło nie być świadome, że sporne zachowanie miało na celu ograniczenie konkurencji.*

Ustalając karę dla WIDEX Polska, Prezes Urzędu miał również na uwadze okoliczności łagodzące, w tym fakt zaniechania przez WIDEX stosowania stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję - nastąpiło to jeszcze przed dniem wszczęcia postępowania w przedmiotowej sprawie. Pod koniec 2007 r. WIDEX sporządził nowy wzór umowy dystrybucyjnej, który przedstawił swoim kontrahentom (dilerom). W nowych umowach dystrybucyjnych wyeliminowano zapisy ograniczające samodzielność dilerów w kształtowaniu cen sprzedawanych aparatów cyfrowych. Umowy dystrybucyjne zawarte z Wojciechem Zawadą, Jerzym Kielmas, Sylwią Gajda, Małgorzatą Komarnicką, Andrzejem Lurką, Piotrem Tonderskim oraz Markiem Gwóźdź wprowadzono w życie z dniem 02.11.2007 r., zaś z Dorotą Walkowiak z dniem 18.12.2007 r. Za czynnik łagodząco wpływający na wysokość kary Prezes Urzędu uznał także okoliczność, iż Spółka współpracowała z Prezesem Urzędu w trakcie prowadzonego postępowania. Kierowane do niej wezwania o udostępnienie informacji wymagające nieraz zaangażowania w ich przygotowanie, realizowała sprawnie.

W ocenie Prezesa Urzędu uwzględnienie wskazanej wyżej okoliczności obciążającej przedsiębiorcę uzasadniało podwyższenie kary o 20 %, z kolei przedstawionych okoliczności łagodzących przemawiało za obniżeniem kary również o 20 %. W tej sytuacji bilansując powyższe wartości Prezesa Urzędu uznał, iż kara powinna pozostać na niezmiennym poziomie 33 613,10 zł w zaokrągleniu 33 613 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset trzydzieści złotych).

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona w wysokości 33 613 zł kara jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie (...) i współmierna do możliwości finansowych Spółki. Organ antymonopolowy, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję uznał, że orzeczona kara powinna podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań przedsiębiorcy. Zdaniem organu antymonopolowego kwota nałożonej kary jest wystarczająco odczuwalna, aby spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i powstrzymać ww. przedsiębiorcę od ewentualnych naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w przyszłości. Niniejsza kara powinna zatem stanowić sankcję za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przestrożę dla przedsiębiorcy na przyszłość. W ocenie Prezesa Urzędu ustalona kara pełni rolę represyjno-wychowawczą i jest niezbędna do wymuszenia przestrzegania obowiązującego porządku prawnego, a także pozostaje w proporcji do możliwości finansowych przedsiębiorcy.

Kara dla dilerów (pozostałych Uczestników postępowania):

Organ antymonopolowy podjął decyzję o nie nakładaniu kary pieniężnej na pozostałych uczestników zawartego porozumienia.

Decyzja taka podjęta została w oparciu o następujące argumenty:

1. inicjatorem zawarcia stwierdzonego porozumienia był WIDEX Polska – potwierdza to w sposób jednoznaczny zebrany w toku postępowania materiał dowodowy, w tym stanowisko dilerów;
2. dilerzy stosowali w okresie obowiązywania umowy zróżnicowane ceny sprzedaży aparatów słuchowych na rzecz konsumentów, zatem porozumienie nie wywarło negatywnych dla konsumentów skutków na rynku;
3. w zdecydowanej większości przypadków dochody uzyskiwane przez przedsiębiorców ze sprzedaży aparatów słuchowych marki WiDEX® były bardzo niskie (od 4,9 % do 9 %), w dwóch przypadkach przedsiębiorcy w ogóle nie osiągnęli z tego tytułu przychodu;
4. dilerami są przedsiębiorcy prowadzący rodzinne przedsiębiorstwa w formie działalności gospodarczej na własny rachunek o lokalnym zasięgu.

We wskazanej wyżej sytuacji kary odzwierciedlające stopień naruszenia przepisów ustawy o ochronie (...) byłyby niewielkie, a tym samym nie spełniałyby żadnego z celów kary, tj. ani represyjnego, ani prewencyjnego.

Niezależnie od wskazanych wyżej szczególnych okoliczności jakie zaistniały w nn. sprawie i skłoniły Prezesa Urzędu do nie nakładania kary na pozostałych poza WIDEX Polska uczestników postępowania, Prezes Urzędu zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 107 ustawy o ochronie (...) *może on nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji wydanych na podstawie art. 10, art. 12 ust. 1, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1, art. 21 ust. 2 i 4, art. 26, art. 28 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 i 3, postanowień wydanych na podstawie art. 105g ust. 1 lub wyroków sądowych w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję, praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz koncentracji; karę pieniężną nakłada się, licząc od daty wskazanej w decyzji.* Przepis ten nie uzależnia wysokości nakładanej na przedsiębiorcę kary pieniężnej od osiągniętego przychodu lub innych okoliczności, uprawnia on Prezesa Urzędu do nałożenia kary w każdym przypadku niewykonania przez przedsiębiorcę decyzji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w pkt II sentencji.

Pouczenie:

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie prowadzone w **NBP O/O Warszawa o numerze 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**.

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