



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KATOWICACH**

Katowice, dnia 31.12.2008r.

RKT-410-01/08/MK

Decyzja nr RKT-107/2008

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmian. Dz.U. Nr 99, poz. 660, Dz.U. Nr 171, poz. 1206) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134, poz. 939), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania przeciwko Przedsiębiorstwu Produkcji Lodów „KORAL” – Józef Koral spółka jawna w Limanowej oraz „Żabka Polska” SA w Poznaniu, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Przedsiębiorstwo Produkcji Lodów „KORAL” – Józef Koral spółka jawna w Limanowej oraz „Żabka Polska” SA w Poznaniu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia, polegającego na ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy ww. przedsiębiorcami cen sprzedaży przez „Żabka Polska” SA w Poznaniu lodów produkowanych i sprzedawanych przez Przedsiębiorstwo Produkcji Lodów „KORAL” – Józef Koral spółka jawna w Limanowej, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 01.01.2008r.****

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134, poz. 939), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada się**, 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, **kary pieniężne** na poniżej wskazanych przedsiębiorców w następującej wysokości:

- a) na Przedsiębiorstwo Produkcji Lodów „KORAL”- Józef Koral spółka jawna w Limanowej w wysokości 269.598 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych).
- b) na „Żabka Polska” SA w Poznaniu w wysokości 829.462 zł. (słownie: osiemset dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt dwa złote).

III. Na podstawie art. 77 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134, poz. 939), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanawia się **obciążyć poniżej wskazanych** przedsiębiorców **kosztami** opisanego w punkcie I postępowania w następującej wysokości:

a) Przedsiębiorstwo Produkcji Lodów „KORAL”- Józef Koral spółka jawna w Limanowej w wysokości 31 zł (słownie: trzydzieści jeden złotych),

b) „Żabka Polska” SA w Poznaniu w wysokości 31 zł (słownie: trzydzieści jeden złotych)

oraz **zobowiązuje się** tych przedsiębiorców do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Uzasadnienie

W związku z uzyskanymi przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej również organem antymonopolowym) informacjami w toku badania rynku krajowego lodów, pozwalającymi na przypuszczenie, iż „Żabka Polska” SA w Poznaniu (zwana dalej: Żabka) oraz Przedsiębiorstwo Produkcji Lodów „KORAL”- Józef Koral spółka jawna w Limanowej (zwane dalej: KORAL) zawarły w umowie o współpracy zapis mówiący o tym, iż Żabka zobowiązuje się do stosowania cen nie niższych, niż sugerowane przez Sprzedającego czyli przez KORAL, w imieniu Prezesa Urzędu, zostało przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, które potwierdziło przypuszczenia tego organu wynikające z badania rynku.

Dlatego też postanowieniem nr 1 z dnia 03.03.2008r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie w związku z podejrzeniem zawarcia przez KORAL oraz Żabkę, niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży lodów, polegającego na ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy ww. przedsiębiorcami cen sprzedaży przez Żabkę lodów produkowanych i sprzedawanych przez KORAL, co w ocenie organu antymonopolowego stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co czym strony zostały zawiadomione pismem z tego samego dnia.

Ponadto postanowieniem nr 2 z tego dnia zaliczono w poczet dowodów postępowania, informacje i dokumenty zebrane w toku postępowania wyjaśniającego o sygn. RKT-400-35/07/MK poprzedzającego wszczęcie niniejszego postępowania, o czym strony postępowania zostały zawiadomione pismem z dnia 03.03.2008r. (karta nr 4).

W ustosunkowaniu się do wszczęcia niniejszego postępowania KORAL w piśmie z dnia 25.03.2008r. (karty od nr 85 do nr 100) wskazał, iż nie zgadza się z zarzutem zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Zdaniem przedsiębiorcy zapis zamieszczony w umowie o współpracy mówiący o tym, że Żabka zobowiązuje się do stosowania cen nie niższych, niż sugerowane przez Sprzedającego czyli przez KORAL, był w istocie zapisem martwym. W ocenie przedsiębiorcy, nie prowadził on nigdy kontroli stosowanych cen, a umowa nie ustalała żadnych sankcji z tego tytułu. Jako załącznik przedsiębiorca przedstawił kopię pisma z dnia 14.03.2008r. (karta nr 87), z którego jego zdaniem wynika, iż powyższy zapis zawarty w § 1 pkt 1 ppkt e umowy, traktuje jako nieobowiązujący i nie jest zainteresowany jego egzekwowaniem oraz przestrzeganiem. Odpowiednią politykę w zakresie cen sprzedaży winien prowadzić kupujący na własną odpowiedzialność i rachunek.

Natomiast Żabka w ustosunkowaniu się do wszczęcia w piśmie z dnia 10.03.2008r. stwierdziła, iż nie dopuściła się naruszenia przepisów art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorca zajął stanowisko, iż zarzucane porozumienie a w

szczegółności kwestionowany zapis w umowie, nie wpłynął w żaden sposób na funkcjonowanie zasad konkurencji na rynku produktowym, na którym działają strony postępowania. Kwestionowany zapis w umowie nie wpływa na ograniczenie żadnemu podmiotowi dostępu do rynku, nie może wpływać na mechanizmy konkurencji, gdyż nie ogranicza możliwości swobodnego ustalania cen przez podmioty trzecie i nie może wpływać na konsumentów. Trudno także zdaniem Żabki przyjąć, iż zapis taki mógł nawet potencjalnie być zagrożeniem dla innych uczestników rynku, którego umowa stron dotyczy. Dlatego też trudno przyjąć, że strony umowy mogły nawet potencjalnie wpłynąć na naruszenie zasad konkurencji poprzez zastosowanie omawianego przepisu. Stąd też brak jest podstaw do uznania, iż doszło w tej sprawie do naruszenia interesu publiczno-prawnego.

W ocenie przedsiębiorcy brak jest również podstaw do uznania, iż doszło w tej sprawie do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, gdyż Żabka samodzielnie ustala ceny sprzedaży lodów. Przedstawiła ona firmie KORAL informację o cenach po jakich zamierza oferować swoim klientom lody kupione poprzednio od tego przedsiębiorcy. Jednakże jest to konsekwencją faktu, iż KORAL zapewniał Żabce materiały wspomagające sprzedaż tj. cenniki lodów zawierające ceny wskazane przez Żabkę. Przedsiębiorca jeszcze raz stwierdził, iż ustalał ceny samodzielnie jedynie w oparciu o własne analizy rynkowe.

W uzupełnieniu do ustosunkowania się do wszczęcia postępowania w piśmie dnia 03.04.2008r. Żabka wskazała (karty od nr 101 do nr 121), iż od 2000r. jest organizatorem sieci sprzedaży detalicznej typu „*convienience*”. Ideą tej sieci jest umożliwienie konsumentom dokonywania drobnych, codziennych zakupów, szybko i w najbliższej okolicy ich miejsca zamieszkania. Wizja ta realizowana jest poprzez model prowadzenia działalności poprzez ok. 2000 sklepów. Sklepy tej sieci oferują produkty najbardziej oczekiwane przez konsumentów, zarówno wysokiej jakości jak i tańsze, na które występuje zapotrzebowanie konsumentów. W ofercie sklepów są także usługi dodatkowe takie jak np. zakup kart telefonicznych czy też opłacenie rachunków. Powyższe czynniki sprawiają, że sklepy sieci Żabka konkurują nie z supermarketami, dyskontami spożywczymi lecz z placówkami handlowymi mało-powierzchniowymi. Specyfiką rynku jest to, iż placówki te stosują ceny wyższe niż duże sieci handlowe.

Przedsiębiorca stwierdził, iż inicjatorem zawarcia w umowie o współpracy zapisu, mówiącego o tym, iż Żabka zobowiązała się do stosowania cen nie niższych niż sugerowane przez sprzedającego czyli przez KORAL, był ten przedsiębiorca. Oferta asortymentowo-cenowa była także przedstawiona z inicjatywy firmy KORAL. Żabka podkreśliła, iż pierwotny, zaproponowany przez nią tekst umowy, nie zawierał zapisu o cenach sugerowanych. Jako dowód na powyższe przedsiębiorca przedstawił wydruk z korespondencji elektronicznej pomiędzy Żabką a KORALEM z dnia 27.05.2005r. i z dnia 03.04.2006r. oraz oświadczenie pracownika tej firmy (karty od nr 130 do nr 145). Przedsiębiorca wskazał, iż kwestionowany przez organ antymonopolowy zapis w umowie był *de facto* zapisem martwym, gdyż Żabka jako sieć typu „*convienience*” i tak stosuje ceny wyższe niż sugerowane przez producenta.

Natomiast w piśmie z dnia 10.03.2008r. Żabka wskazała, iż przyjęła propozycję zapisu uregulowań zawartych w § 1 pkt 1 ppkt e umowy o współpracy, traktując go tylko i wyłącznie jako element negocjacji warunków handlowych (karta nr 56).

Organ antymonopolowy ustalił co następuje

Z dokonanych przez organ antymonopolowy ustaleń wynika, iż KORAL jest obok Unilever Polska SA w Warszawie jednym ze znaczących producentów lodów na rynku krajowym.

Natomiast Żabka jest organizatorem sieci sprzedaży detalicznej typu „*convienience*” tj. sieci ok. 2000 sklepów mało-powierzchniowych w całej Polsce, oferujących zarówno artykuły spożywcze, napoje w tym alkohol jak i artykuły gospodarstwa domowego.

Z ustaleń organu wynika, że w dniu 18.04.2006r. została pomiędzy KORALEM oraz Żabką zawarta umowa o współpracy nr U-HSS/44 (karty od nr 15 do nr 17). W umowie zawartej na czas nieokreślony, przedsiębiorcy ci ustalili zasady zakupu towarów handlowych od firmy KORAL oraz zasady dostaw do sieci sklepów Żabka. Zgodnie z § 1.1 umowy Żabka zobowiązała się do zakupu towaru zgodnie z zapotrzebowaniem sieci. Ponadto w pkt § 1 pkt 1 ppkt e umowy, Żabka zobowiązała się do stosowania cen nie niższych niż sugerowane przez Sprzedającego czyli przez KORAL. Zgodnie z postanowieniami umowy, integralną jej część stanowią załączniki oraz „Ogólne Warunki Dostawy Towarów Do Sklepów Żabka”. Z treści umowy wynika, że została ona podpisana przez osoby należycie reprezentujące jej strony i weszła w życie od dnia 3 kwietnia 2006r.

Załącznikiem nr 1 do umowy była „Oferta asortymentowo-cenowa, sezon 2006. Propozycja indeksów do sklepów sieci Żabka” opracowana przez KORAL (karta nr 17 verte i karta nr 18). Oferta zawierała m.in. wykaz asortymentu tj. lodów marki KORAL, cenę zbytu netto oraz cenę detaliczną sugerowaną za jedną sztukę. Z kolei załącznikiem nr 4 do umowy, jest wykaz asortymentu oraz ceny detaliczne proponowane przez Żabkę za jedną sztukę. Z porównania wysokości cen proponowanych przez KORAL oraz Żabkę w załącznikach do umowy wynika, iż Żabka jedynie w dwóch spośród siedemnastu lodów marki KORAL, ustaliła ceny detaliczne sprzedaży lodów tej marki, na poziomie zaproponowanym przez KORAL. Natomiast jak wynika z załącznika nr 4, w pozostałych 15 przypadkach ceny sprzedaży lodów marki zostały ustalone przez Żabkę na poziomie wyższym niż zaproponowane przez KORAL w załączniku nr 1 do umowy. Oznacza to, iż Żabka w załączniku nr 4 do umowy zaproponowała ceny detaliczne sprzedaży lodów w 2 przypadkach na poziomie takim samym, natomiast w 15 przypadkach na poziomie wyższym niż sugerowane przez KORAL w załączniku nr 1 do umowy o współpracy. Tym samym Żabka zgodnie z § 1 pkt 1 ppkt e umowy o współpracy, ustaliła ceny detaliczne sprzedaży lodów marki KORAL, na poziomie nie niższym niż sugerowane przez tego przedsiębiorcę.

W podobny sposób zostały również ustalone ceny na sezon rozpoczynający się od 07.05.2007r. Mianowicie z porównania wysokości cen sugerowanych przez KORAL na 2007r. (karta nr 50) oraz propozycji cen Żabki na ten sezon wynika (karta nr 73), iż Żabka ustaliła w jednym przypadku ceny detaliczne sprzedaży lodów na poziomie proponowanym przez KORAL, natomiast w przypadku 16 rodzajów lodów, ustaliła ich ceny na poziomie wyższym niż proponowane przez tego przedsiębiorcę.

Oznacza to, iż zarówno na sezon w roku 2006 jak i w roku 2007, zostały ustalone pomiędzy KORALEM oraz Żabką ceny sprzedaży lodów zgodnie z § 1 pkt 1 ppkt e umowy o współpracy tj. w wysokości nie niższej niż sugerowane przez KORAL.

W dniu 03.07.2008r. KORAL na wezwanie organu antymonopolowego, przedstawił aneks nr 3 z dnia 04.04.2008r. do umowy o współpracy z dnia 18.04.2006r. (karta nr 126). Z aneksu wynika, iż strony umowy tj. KORAL i Żabka postanowiły o wykreśleniu z jej treści w § 1.1 punktu e, mówiącego o tym, iż Żabka zobowiązuje się do stosowania cen nie niższych, niż sugerowane przez sprzedającego. Zgodnie z treścią aneksu, postanowienia jego wchodzi w życie od dnia 01.01.2008r. Stąd też można przyjąć, iż zarzucane tym przedsiębiorcom porozumienie przestało obowiązywać z dniem 01.01.2008r.

Ponadto jak wynika z wyjaśnień Żabki zawartych w piśmie z dnia 10.03.2008r., przedsiębiorca ustalił na rok 2008r. jedynie asortyment lodów. Nie zostały natomiast ustalone pomiędzy KORAL i Żabka ceny sprzedaży lodów przez tą sieć sklepów.

Pismem z dnia 23.10.2008r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Z prawa tego skorzystała jedynie Żabka, która w piśmie z dnia 20.11.2008r. po zapoznaniu się z zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym zajęła następujące stanowisko. Żabka ponownie wskazała, iż nie zawarła niedozwolonego porozumienia, ponieważ treść umowy nie wynikała z jej woli, w związku z wprowadzeniem do wcześniej uzgodnionego projektu, kwestionowanego zapisu jednostronnie przez KORAL, co nie zostało zauważone przed podpisaniem umowy. W celu udowodnienia powyższego Żabka wniosła o

przeprowadzenie rozprawy administracyjnej. Ponadto w piśmie tym przedsiębiorca stwierdził, iż ponieważ kwestionowany przez Prezesa Urzędu zapis nie wynikał z woli Żabki, stąd też nie jest możliwe, aby zgodziła się na taki zapis. O dobrowolności tego zapisu, można mówić jedynie w przypadku, gdy dana osoba zdaje sobie sprawę z jego istnienia i godzi się na takie jego brzmienie. W tym miejscu przedsiębiorca powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 05.10.2005r. w sprawie VI ACa 1146/04 mówiącym, że „warunkiem uznania określonych skoordynowanych działań przedsiębiorców za porozumienie, jest ich dobrowolność u wszystkich uczestników”. Przedsiębiorca podkreślił, iż zawarcie kwestionowanego przez organ antymonopolowy zapisu wynikało z pośpiechu Żabki przy zawieraniu umowy i niedopatrzaniu co zawiera jej treść. Żabka ponownie podkreśliła, iż kwestionowany zapis nie stanowi niedozwolonego porozumienia, ponieważ ani jego celem ani skutkiem, nie było jakiegokolwiek wpływanie na konkurencję na rynku właściwym.

W ustosunkowaniu się do zgromadzonego materiału przedsiębiorca podniósł również, iż kwestionowany zapis umowy nie może zostać uznany za niedozwolony na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów gdyż:

- porozumienie to przyczyniło się do polepszenia dystrybucji lodów w związku z problemami w zaopatrzeniu się u dotychczasowego dostawcy tj. Unilever Polska SA,
- konsumenci odnieśli korzyść w postaci zwiększenia wyboru lodów oraz zapewnienia stałej ich dostępności,
- celem umowy było zapewnienie dostępności lodów oraz zwiększenie ich wyboru, co w związku z procedurami ustalania cen detalicznych w Żabce oznacza, iż porozumienie to nie nałożyło na przedsiębiorców ograniczenia, które nie było niezbędne dla osiągnięcia celu umowy,
- porozumienie to zmierzało do zwiększenia konkurencji w zakresie lodów sprzedawanych przez Żabkę.

Przedsiębiorca podniósł, iż zawarcie kwestionowanego przez organ antymonopolowy zapisu w umowie handlowej było wynikiem jego narzucenia przez KORAL, posiadającego na rynku właściwym tj. rynku krajowym dostaw lodów do małych sklepów pozycję dominującą. Zdaniem Żabki niezależnie od tego czy w niniejszej sprawie rynek zostanie określony tak wąsko czy jako krajowy rynek dostaw lodów, to na tak określonym rynku KORAL zajmuje pozycję dominującą, ponieważ może działać w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów oraz może zapobiegać skutecznej konkurencji na tym rynku. Dowodem na powyższe ma być w ocenie Żabki wstrzymanie w 2008r. przez KORAL dostaw do sieci jej sklepów, jednego z rodzajów lodów w czasie ich sprzedaży po cenie promocyjnej.

W przypadku nie uwzględnienia powyższych wniosków przez organ antymonopolowy, Żabka wniosła o wydanie decyzji na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zobowiązującej Żabkę do podjęcia w terminie do dnia 31.01.2009r. działań zmierzających do zapobieżenia skutkom tej praktyki.

Ponadto w przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków, przedsiębiorca wniosł o nie nakładanie na niego kary pieniężnej o jakiej mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, argumentując to zaniechaniem stosowania tego porozumienia poprzez zawarcie aneksu do umowy o współpracy, oraz ze względu na obecną oraz prognozowaną sytuację finansową spółki (tajemnica przedsiębiorcy – karta nr 212).

Organ antymonopolowy zważył co następuje

I.

Interes publicznoprawny

Zarówno zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów obowiązującej do dnia 20.04.2007r., jak i obecnie obowiązującej ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmian.), organ antymonopolowy podejmuje działania w przypadku podejrzenia naruszenia przez przedsiębiorców interesu publicznego konkurentów i (lub) konsumentów. Wobec powyższego warunkiem niezbędnym do oceny działania danego przedsiębiorcy w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, iż jego działania naruszyły interes publicznoprawny konkurentów i (lub) konsumentów. W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest definicji ustawowej co należy rozumieć poprzez interes publicznoprawny. Dlatego też kryterium dokonywania oceny czy w danej sprawie został naruszony interes publicznoprawny jest nieostre. Jednakże na tle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego, wykształconego co prawda w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale zachowującego swoją aktualność również obecnie, utrwalił się pogląd, iż naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas gdy działaniami, będącymi przedmiotem postępowania, zagrożony jest interes ogólnospołeczny, co może mieć miejsce m.in. wówczas, gdy skutkiem określonych sprzecznych z przepisami ustawy działań, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku (*E.Modzelewska-Wachal. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Twigger. Warszawa 2002r.*). Przykładowo należy wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001r. (sygn. akt I CKN 1217/98), w którym to wyroku Sąd uznał, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma służyć ochronie interesu ogólnospołecznego (publicznego) polegającego na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego, tj. prowadzenia przez przedsiębiorców działalności w warunkach konkurencji oraz możliwości swobodnego podejmowania decyzji co do warunków prowadzenia tej działalności. Rynek taki może jednak funkcjonować prawidłowo tylko jeśli są zapewnione warunki powstania i rozwoju konkurencji. Jedynie w warunkach niezakłóconej konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Istotą bowiem konkurencji jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie. Decyduje o tym wolne i nieskrępowane działanie mechanizmów rynkowych w tym zapewnienie możliwości swobodnego podejmowania decyzji. Natomiast wszelkie formy uzgodnionych działań przedsiębiorców, których celem lub skutkiem jest ograniczenie wolności działalności gospodarczej uczestników rynków, jest naruszeniem reguł konkurencji i stanowi naruszenie przepisów ustawy.

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

może skutkować naruszeniem interesu publicznoprawnego. W tym kontekście w ocenie organu antymonopolowego porozumienie cenowe w tym pomiędzy producentem oraz jego Dystrybutorem (Partnerem Handlowym), zawsze wywołuje niekorzystne działania na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję. Działania te naruszają więc interes ogólnospołeczny¹.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, iż warunkiem niezbędnym do oceny czy porozumienie zawarte przez KORAL oraz Żabkę stanowi naruszenie przepisów ustawy, jest wykazanie, iż porozumienie to naruszyło interes publicznoprawny konkurentów i (lub) konsumentów.

Jak przedstawiono to na wcześniejszych stronach niniejszej decyzji, Żabka i KORAL w umowie o współpracy ustaliły, iż Żabka nie będzie sprzedawać lodów marki KORAL po cenach niższych niż sugerowane przez tego przedsiębiorcę. Stąd też w ocenie organu antymonopolowego pomiędzy tymi przedsiębiorcami doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co szczegółowo uzasadniono w dalszej części decyzji. Skutkiem zawartego porozumienia, Żabka w sklepach swojej sieci była zobligowana do sprzedaży lodów marki KORAL po cenach nie niższych niż sugerowane przez tego przedsiębiorcę. Omawiana praktyka doprowadziła do tego, iż Żabkę pozbawiono możliwości swobodnego kształtowania cen sprzedawanych przez siebie towarów. Natomiast skutki takich działań odczuła nieograniczona liczba klientów tego przedsiębiorcy czyli konsumenci, którzy nabywali lody marki KORAL po cenach ustalonych pomiędzy stronami porozumienia. Wobec powyższego skutki zawarcia porozumienia przez KORAL oraz Żabkę były odczuwalne dla nieograniczonej liczby uczestników tego rynku, co uzasadnia twierdzenie, iż w niniejszej sprawie został naruszony interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów.

Oznacza to, iż porozumienie zawarte przez KORAL oraz Żabkę może podlegać ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynek właściwy

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

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

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

Rynek produktowy

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

W ocenie organu antymonopolowego rynkiem produktowym w tej sprawie jest rynek sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia. Można by co prawda dokonać dalszej segmentacji tego rynku np. ze względu na pojemność danego opakowania i

¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.07.2003r. I CKN 496/01, Dz.Urz. UOKiK 2004/1/283.

podzielić lody na np. rodzinne tj. w pojemniku większej pojemności oraz lody tzw. impulsowe czyli w małych opakowaniach. Jednakże na potrzeby niniejszego postępowania organ antymonopolowy uznał za niecelowe dokonywanie dalszej segmentacji rynku, gdyż nie wpłynie to w żaden sposób na ocenę niniejszej sprawy. Postępowanie to dotyczy porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu cen odsprzedaży, które nie podlega wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję niezależnie od posiadanych przez uczestników porozumienia, udziałów na rynku właściwym. Stąd też w ocenie organu antymonopolowego niecelowe jest dokonywanie dalszej segmentacji tego rynku oraz ustalanie zajmowanej na nim pozycji, stron tego postępowania.

Ponadto za ujmowaniem rynku lodów niezależnie od rodzaju opakowania, przemawia orzecznictwo Sądu Pierwszej Instancji. Przykładowo w wyroku dot. Van den Bergh Foods Ltd przeciwko Komisji, Sąd uznał za jeden rynek produktowy lody przeznaczone do bezpośredniej konsumpcji sprzedawane w indywidualnych opakowaniach².

Za szerokim ujmowaniem tego rynku na potrzeby niniejszego postępowania przemawia również inne 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 obrotu³. 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 segmentacji⁴. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpatrując odwołanie od decyzji, podtrzymał ustalenia Prezesa Urzędu co do właściwego rynku produktowego w tej sprawie.

Stąd też pomimo tego, iż rynek właściwy definiowany jest zwykle przez organy ochrony konkurencji i konsumentów dosyć wąsko, tak aby został zidentyfikowany poziom konkurencji na rynku, to jednakże w niniejszej sprawie organ uznał, iż w niniejszej sprawie rynek lodów można uznać za jeden rynek produktowy niezależnie od pojemności danego opakowania lodów.

Sąd w ww. wyroku tym 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 konkurencji⁵. Dlatego też organ antymonopolowy uznał w rozpatrywanej sprawie za uzasadnione uwzględnienie przy określaniu rynku produktowego, również fazy obrotu tymi wyrobami. Z uwagi na to, iż ustalanie ceny odsprzedaży lodów marki KORAL odbyło się pomiędzy producentem lodów oraz Żabką nabywającą hurtowo te wyroby, organ antymonopolowy uznał, iż rynkiem produktowym w tej sprawie jest rynek sprzedaży hurtowej lodów.

Dlatego też w ocenie organu antymonopolowego, rynkiem właściwym produktowo w tej sprawie, jest rynek sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia.

Rynek geograficzny

Biorąc pod uwagę definicję rynku właściwego wynikającą z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rynkiem geograficznym właściwym w danej sprawie

² Decyzja KE z dnia 11.03.1998r. (Case 98/531/EC) oraz wyrok ETS z dnia 23.10.2003r. (Case T-65/98).

³ S. Gronowski, *Ustawa Antymonopolowa Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999,

⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 września 2004 r., nr RPZ 21/2004

⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt XVII AmA 130/04

jest obszar na którym biorąc pod uwagę bariery dostępu do tego rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

W ocenie organu antymonopolowego rynkiem właściwym w niniejszej sprawie w ujęciu geograficznym dla sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia jest rynek krajowy.

Jak ustalił organ antymonopolowy w postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym badania rynku krajowego lodów (sygn. akt RKT-401-12/06/MK), obecnie na rynku tym obecni są tacy potentaci europejscy w produkcji lodów tacy jak Unilever Polska SA czy też Nestle. Ponadto obok znaczących producentów lodów, na rynku tym działają także i mali producenci, sprzedający swoje wyroby jedynie na rynku lokalnym.

Z badania rynku wynika, iż w ocenie producentów lodów, rynek produkcji i dystrybucji lodów jest co najwyżej rynkiem krajowym. Przesądza o tym m.in. krótki czas przydatności do spożycia tego rodzaju wyrobów oraz konieczność spełnienia odpowiednich wymogów technicznych i organizacyjnych, niezbędnych to ich transportu i przechowywania, które podwyższają cenę lodów. Stąd też zdecydowana większość producentów krajowych, nie eksportuje swoich wyrobów. Eksport lodów stanowi jedynie niewielką część produkcji krajowej, gdyż w 2005r. wyniósł ok. 3.000 ton⁶ tj. ok. 3.000.000 litrów co przy ok. 200.000.000 litrów produkcji krajowej stanowi ok.1,5% tego rynku.

Także Komisja Europejska oraz Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoich orzeczeniach dotyczących tego rynku produktowego np. w sprawie (Van den Bergh Foods Ltd)⁷ uznały, iż rynek produkcji i dystrybucji lodów jest rynkiem krajowym.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia organ antymonopolowy uznał, iż rynkiem właściwym w tej sprawie jest rynek krajowy sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia.

Istota i skutki zawartego porozumienia

Stronom niniejszego postępowania został postawiony zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalenie pomiędzy KORALEM oraz Żabką w umowie o współpracy dotyczących sprzedaży lodów marki KORAL, cen sprzedaży tych towarów przez Żabkę, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

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

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

⁶ Źródło „Raport o stanie i perspektywach przemysłu rolno-spożywczego” Rada Gospodarki Żywnościowej Warszawa, 2006r.

⁷ Decyzja KE z dnia 11.03.1998r. (Case 98/531/EC) oraz wyrok ETS z dnia 23.10.2003r. (Case T-65/98).

Dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel umowy, a nie subiektywne wyobrażenia jej stron o celach czy motywach działania. Stąd też warunkiem wystarczającym do stwierdzenia zawarcia porozumienia, jest wykazanie, iż przedsiębiorcy zrezygnowali ze swej suwerenności decyzyjnej lub jej części poprzez np. zawarcie w umowie uregulowań ograniczających stronom taką samodzielność w zakresie ustalania cen. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie w swoich orzeczeniach zajmował stanowisko, iż ustalanie przez uczestników porozumienia ogólnie obowiązujących cen, nawet gdy ceny te nie są stosowane w praktyce stanowi naruszenie zasad konkurencji, jeżeli ich celem jest naruszenie konkurencji.⁸ Podobnie również Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 7 listopada 2005 r. uznał, iż stwierdzenie wskazanej w art. 5 obowiązującej uprzednio ustawy z dnia 15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080 ze zmian. Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119, Dz.U. Nr 170, poz. 1217, Dz.U. Nr 249, poz. 1834) praktyki, następuje w drodze wykazania wspólnych uczestnikom porozumienia zachowań, nawet jeżeli na rynku nie ujawniają się antykonkurencyjne skutki takiego działania.⁹ Stąd też bez znaczenia dla stwierdzenia zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia, jest czy na skutek jego zawarcia, wystąpiły skutki antykonkurencyjne oraz czy doszło do zrealizowania zawartego porozumienia przez jego uczestników. Okoliczności te mogą mieć wpływ na wymiar kary pieniężnej nałożonej przez organ antymonopolowy na uczestników porozumienia.

Porozumienia ograniczające konkurencję zarówno w prawie konkurencji jak i w orzecznictwie organów ochrony konkurencji, uznawane są za jedno z najcięższych naruszeń tego prawa, zniekształcających konkurencję na rynku lub też zmierzającymi do jej zniekształcenia i oddziałującymi niekorzystnie na uczestników rynku tj. nie tylko na uczestników porozumienia ale i na ich kontrahentów. Poprzez zawarcie niedozwolonego porozumienia, konkurenci pozbawiają się możliwości posiadania swobody decyzyjnej, jaka istnieje gdy mechanizmy konkurencji działają w sposób nieskrępowany. Natomiast konsumenci zostają pozbawieni możliwości wyboru na rynku najkorzystniejszej oferty.

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

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

Jednym z najcięższych rodzajów porozumień są porozumienia cenowe, które w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem zakazane są w szczególności porozumienia, polegające na ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio cen sprzedaży. Ten rodzaj porozumień był również zakazany na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 obowiązującej do dnia 20.04.2007r. ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ceny są elementem umowy na ogół najsilniej oddziałującym na relacje konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami, a zarazem wpływającymi na atrakcyjność oferty dla konsumentów. Nieskrępowana i niezakłócona konkurencja cenowa pomiędzy przedsiębiorcami pozwala na utrzymanie cen na poziomie możliwym do zaakceptowania zarówno dla konkurentów jak i dla konsumentów. Wymusza ponadto na przedsiębiorcach podejmowanie działań zmierzających do racjonalizacji wysokości kosztów oraz wzrostu

⁸ Np. Wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 11 lipca 1989r. w sprawie 246/86 S.C.Belasco i inni p-ko Komisji Wspólnot Europejskich (Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. orzecznictwo. Tom 1. orzeczenia ETS z lat 1962-1989, str. 488), z dnia 17 października 1972r. w sprawie 8/72 Vereniging van Cementhandelaren p-ko Komisji („Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Orzeczenia ETS z lat 1962-1989, str. 138).

⁹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r. XVII Ama 26/04

efektywności. Dlatego też prawo konkurencji jak i orzecznictwo organów zajmujących się ochroną konkurencji, kładzie szczególnie nacisk na wykrywanie tego rodzaju porozumień na rynku.

W myśl art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest nie tylko ustalanie cen, ale także i ich elementów, tj. np. marż handlowych, wszelkich narzutów do cen, rabatów, upustów jak i innych składników kalkulacyjnych ceny mających wpływ na ostateczny poziom cen. Przy czym zakazane są porozumienia cenowe mające na celu ustalenie konkretnego poziomu cen jak i cen minimalnych tj. takich poniżej, których przedsiębiorcy będący stronami porozumienia nie mogą stosować w relacjach z kontrahentami.

Porozumienia cenowe są zakazane zarówno wtedy gdy są zawierane przez konkurentów jak i przez przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu (tzw. porozumienia wertykalne-pionowe) o ile mają potencjalny lub rzeczywisty wpływ na konkurencję. Typowym przykładem tego rodzaju praktyki jest ustalanie pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu minimalnych cen odsprzedaży lub też minimalnych marż należnych dystrybutorowi, gdyż ogranicza to możliwość reagowania przez tego dystrybutora na impulsy rynkowe, a w efekcie zniekształca działanie mechanizmów konkurencji. Należy zauważyć, iż prawidłowo funkcjonujący system konkurencji wywiera również wpływ na konsumentów, tworzy bowiem na nim możliwość dokonywania racjonalnych wyborów produktów, które najlepiej zabezpieczają potrzeby konsumenta. Natomiast zakłócenie systemu konkurencji poprzez np. niedozwolone porozumienia cenowe powoduje, że ceny kształtują się na wyższym poziomie niż wynikałoby to z wolnorynkowej gry popytu i podaży. W wyniku porozumień, ceny produktów ulegają sztuczemu podwyższeniu z oczywistą szkodą dla konsumenta. Celem zakazu porozumień cenowych jest zatem oprócz maksymalizacji efektywności działań ekonomicznych, ochrona interesów konsumentów. Dla konsumentów konkurencja oznacza bowiem bogatszą ofertę, niższe ceny i wyższą jakość towarów i usług.

Jednakże warunkiem niezbędnym do stwierdzenia przez organ antymonopolowy, iż określone przedsiębiorcy zawarły niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest wykazanie, iż porozumienie to nie podlega wyłączeniu z zakazu porozumień ograniczających konkurencję, na podstawie przepisów tej ustawy.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do porozumień o jakich mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy, nie stosuje się wyłączeń o jakich mowa w jej art. 7 ust. 1.

Ponadto art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Podobne uregulowania zawierał również art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W dniu 13.08.2002r. zostało wydane na podstawie art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13.08.2002r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, obowiązujące do dnia 31.12.2007r. Natomiast od dnia 01.01.2008r. obowiązuje rozporządzenie z dnia 19.11.2007r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Jednakże zarówno w myśl § 10 ww. rozporządzenia z 2002r. jak i § 7 rozporządzenia z 2007r., wyłączenia określonych porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nie stosuje 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 cen sprzedaży poprzez narzucanie przez dostawcę m.in. minimalnych cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem. Zawarcie w umowie tego rodzaju ograniczenia jest tzw. klauzulą niedozwoloną. Ustalanie zatem

między producentem (dostawcą) danych dóbr a dystrybutorem cen minimalnych, czyli cen poniżej, których dany towar nie może być sprzedawany lub też cen sztywnych, czyli cen o ustalonej wysokości, jest z mocy prawa zakazane i stanowi jedno z najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji. Tym samym zakazane w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ustalanie cen odsprzedaży o określonej wysokości lub też cen minimalnych. „...Taka formuła cen (marż) ogranicza w istotnym stopniu możliwość reagowania przez dystrybutora na impulsy rynkowe, a co za tym idzie, zniekształca działanie mechanizmów konkurencji...” (Elżbieta Modzelewska-Wąchal. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Twigger. Warszawa 2002r. str. 73), gdyż uniemożliwia danemu przedsiębiorcy oferowanie towarów po cenach korzystniejszych niż jego konkurencji. Powyższe oznacza, iż ustalanie przez strony porozumienia cen minimalnych odsprzedaży towarów, nie podlega wyłączeniu na podstawie przepisów aktualnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rozporządzenia z dnia 13.08.2002r. jak i rozporządzenia z dnia 19.11.2007r.

Wobec powyższego zawarte pomiędzy KORALEM a Żabką porozumienie, może podlegać ocenie w świetle przepisu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest ocena czy zawarcie w umowie o współpracy pomiędzy KORALEM oraz Żabką zapisu, iż Żabka zobowiązuje się do stosowania cen nie niższych niż sugerowane przez KORAL, jest porozumieniem o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającym na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów na rynku sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia.

Jak wskazano to w opisie stanu faktycznego, Żabka w zawartej z KORALEM umowie o współpracy zobowiązywała się do stosowania cen nie niższych niż sugerowane przez sprzedającego czyli przez KORAL.

Ponadto jak przedstawiono to w opisie stanu faktycznego zgodnie z umową o współpracy, KORAL wskazał Żabce zarówno w 2006r. jak i w 2007r. wysokość cen detalicznych sugerowanych przez tego przedsiębiorcę. Następnie Żabka ustaliła wysokość cen detalicznych sprzedaży lodów marki KORAL w sieci jej sklepów. Ceny te zarówno w 2006r. jak i w 2007r. były w zdecydowanej większości wyższe niż sugerowane przez KORAL. Tylko w przypadku kilku rodzajów lodów ceny zaproponowane przez Żabkę były na poziomie cen zaproponowanych przez KORAL. Tym samym Żabka ustaliła wysokość cen sprzedaży lodów marki KORAL w wysokości nie niższej niż zaproponowane przez KORAL tj. w wysokości w jakiej zobowiązała się je ustalać w umowie o współpracy.

Powyższy stan faktyczny dowodzi, iż pomiędzy KORALEM oraz Żabką, poprzez zawarcie i realizację umowy o współpracy, doszło do ustalania cen minimalnych odsprzedaży lodów marki KORAL przez Żabkę, co jest porozumieniem ograniczającym konkurencję o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Na skutek zawartego porozumienia KORAL, posiadał pewność co do minimalnej wysokości cen detalicznych sprzedaży jego wyrobów odbiorcom końcowym tj. konsumentom.

Natomiast Żabce na skutek zawartego porozumienia uniemożliwiono sprzedaż lodów marki KORAL po cenie niższej niż sugerowane przez KORAL. Żabka mogła jedynie ustalać wysokość cen sprzedaży na poziomie takim samym lub wyższym niż sugerowany przez KORAL. Tym samym została temu przedsiębiorcy ograniczona możliwość swobodnego ustalania cen sprzedawanych przez siebie wyrobów oraz zdolność do bezpośredniego kształtowania w relacji z nabywcą, cen sprzedawanych przez siebie produktów. Zawarte porozumienie uniemożliwiło temu przedsiębiorcy nieograniczone reagowanie na zaistniałą sytuację na rynku, dostosowywania stosowanych przez siebie cen w zależności od posunięć cenowych konkurentów tj. innych sklepów sprzedających lody tej marki. Tym samym skutkiem zawartego porozumienia było ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej” pomiędzy dystrybutorami lodów KORAL.

Ponadto nie poddanie stosowanych przez Żabkę cen mechanizmom konkurencji spowodowało, że ceny detaliczne sprzedaży lodów marki KORAL, kształtowały się na poziomie wyższym, niż w przypadku poddania ich swobodnej grze rynkowej. Dlatego też ujemne skutki zawarcia takiego porozumienia były przede wszystkim odczuwalne dla finalnych konsumentów tj. klientów sklepów sieci Żabka. Szkodliwość porozumienia polegającego na ustalaniu cen, wynika również z wyroku Trybunału Sprawiedliwości¹⁰, który uznał, iż ustalanie cen sprzedaży aż do poziomu cen końcowych dla konsumentów, pozbawia dystrybutorów wszelkiej swobody działania oraz pozbawia konsumentów zaopatrywania się w towary na bardziej korzystniejszych warunkach ekonomicznych.

Z drugiej strony natomiast zawarte porozumienie umożliwiło Żabce osiągnięcie niewątpliwych korzyści ekonomicznych, gdyż należy mieć również na uwadze, iż firma KORAL posiada na rynku krajowym lodów duży udział, co oznacza, że konsumenci bardzo chętnie nabywają lody tej marki.

Organ antymonopolowy odnosząc się natomiast do argumentów przedstawionych przez KORAL i Żabkę w toku postępowania, stanął na stanowisku, iż nie mogą one zostać uwzględnione.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że brak wiedzy o tym, iż ustalanie cen odsprzedaży jest działaniem bezprawnym, czy też niedopatrzanie faktu istnienia w umowie kwestionowanego przez organ antymonopolowy zapisu, nie może usprawiedliwiać działań tych przedsiębiorców. Należy również mieć na uwadze, iż zgodnie z art. 83 Konstytucji RP każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak uczestnicy niniejszego postępowania. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny były przewidzieć, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez organ antymonopolowy za niezgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Organ antymonopolowy pragnie ponadto wskazać, iż uznał w niniejszej sprawie obie strony porozumienia za winne w tym samym stopniu zawarcia w umowie o współpracy zapisu dotyczącego ustalenia cen minimalnych sprzedaży lodów marki KORAL i tym samym zawarcia porozumienia. W toku postępowania, Żabka starała się przedstawić dowody mające świadczyć o tym, iż kwestionowany przez organ antymonopolowy punkt umowy, został zamieszczony przez KORAL (karty od nr 130 do nr 145). Na poparcie tego twierdzenia Żabka przedstawiła opracowany przez nią wzór umowy, nie zawierający kwestionowanego zapisu (karty od nr 140 do nr 145), który jej zdaniem został następnie zmodyfikowany przez KORAL poprzez dodanie w § 1 punkcie 1 ppkt e. Jednakże Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż zapis dotyczący ustalenia cen minimalnych sprzedaży lodów marki KORAL przez Żabkę, został ostatecznie zamieszczony w umowie, której treść zgodnie z nagłówkiem została opracowana przez Żabkę. Stąd też organ antymonopolowy uznał, iż przedsiębiorca ten musiał

¹⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 stycznia 1984r. w połączonych sprawach 43 i 63/82 De Vereeniging (...) p-ko Komisji („Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Orzeczenia ETS z lat 1962-1989, str. 337).

znać treść dokumentu, który następnie został przez niego podpisany. Dlatego też tłumaczenia Żabki, iż treść umowy nie była objęta jej wolą lub też, iż nie zdawała sobie sprawy z istnienia takiego zapisu w umowie, należy uznać za niezrozumiałe. Stąd też wobec braku jednoznacznego dowodu, co do faktu kto był inicjatorem zawartego porozumienia, organ antymonopolowy uznał zarówno KORAL jak i Żabkę za winnych w tym samym stopniu jego zawarcia.

Należy ponadto wskazać, iż obie strony umowy miały możliwość zapoznania się z jej projektem. Podpisując umowę przedsiębiorcy zaakceptowali warunki na jakich miała odbywać się współpraca handlowa pomiędzy nimi. Trzeba również wskazać, iż po podpisaniu umowy, żaden z przedsiębiorców nie zdystansował się w jednoznaczny sposób od jej treści, co jedynie potwierdza ich udział w porozumieniu. 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 porozumienia. Jak zauważył Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 10 maja 2006 r.: „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 do jego treści, staje się jego rzeczywistym uczestnikiem. Stwarza w ten sposób, przynajmniej wrażenie, że jego nastawienie jest analogiczne jak konkurentów”¹¹. Podobne stanowisko zajął Sąd Pierwszej Instancji, który w wyroku¹² rozpatrującym odwołanie od decyzji Komisji Europejskiej uznał, iż porozumienie opiera się na istnieniu zgodności i chęci przynajmniej dwóch stron. Dalej w wyroku tym Sąd uznał, iż jednostronna decyzja przedsiębiorstwa dotycząca jego zachowania nie jest porozumieniem o ile nie uzyska wyraźniej lub domyślnej zgody dystrybutorów na zachowanie producenta. Tym samym nie tylko z faktu podpisania umowy ale i stosowania się do jej treści tj. sprzedaży towarów marki KORAL po cenach nie niższych niż sugerowane przez tego przedsiębiorcę, należy uznać, że Żabka zaakceptowała warunki umowy, dobrowolnie przystąpiła do porozumienia i go realizowała.

Organ antymonopolowy pragnie jednakże podkreślić, iż nawet brak stosowania się przez Żabkę do kwestionowanego zapisu w umowie, nie oznaczałoby, że do zawarcia tego porozumienia faktycznie nie doszło. Jak wskazała Komisja w decyzji w sprawie przeciwko *Yamaha*, stwierdzającej uczestnictwo tego przedsiębiorcy w porozumieniu ograniczającym konkurencję, fakt istnienia w danym dokumencie klauzuli ograniczającej bezpośrednio lub pośrednio swobodę dystrybutora do ustalania cen odsprzedaży już samo w sobie jest naruszeniem konkurencji.¹³ Tym samym brak realizacji porozumienia mógłby mieć co najwyżej wpływ na wysokość nałożonej kary na tych przedsiębiorców, nie może natomiast prowadzić co stwierdzenia, iż w sprawie niedoszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Należy w tym miejscu również podkreślić, iż sam zapis literalny w umowie „ceny sugerowane” nie oznacza, iż w rzeczywistości uregulowania w niej zawarte dotyczą jedynie cen rekomendowanych czyli zalecanych, a nie cen do których stosowania jest zobowiązany dany przedsiębiorca. O tym czy ceny, o których jest mowa w umowie, są to ceny sugerowane-rekomendowane, czy też ceny do jakich stosowania jest zobowiązany dany przedsiębiorca, decyduje treść umowy, a nie jedynie sformułowanie literalne. W ocenie organu antymonopolowego jeśli treść umowy zobowiązuje strony do ustalania cen odsprzedaży zgodnie z zapisami w niej zamieszczonymi, to w istocie ceny te nie są cenami sugerowanymi, lecz obowiązującymi przedsiębiorców, których nie zastosowanie może spowodować nawet

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 maja 2006 r. XVII AmA 13/05

¹² Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 03.12.2003r. w sprawie T-208/01 Volkswagen AG p-ko Komisji (zb.orz. 2003, II-5141)

¹³ Decyzja w sprawie *Yamaha* (COMP/37.975/PO)

rozwiązanie umowy. Stąd też trudno zgodzić się z wyjaśnieniami firmy KORAL, iż przedsiębiorca ten jedynie sugeruje wysokość cen.

Ponadto należy podkreślić, iż sam fakt braku kontroli ze strony KORAL, co do wysokości cen stosowanych przez Żabkę, czy też brak wyciągania konsekwencji za stosowanie cen w wysokości innej niż w umowie, nie oznacza, iż porozumienie rzeczywiście nie zostało przez tych przedsiębiorców zawarte, gdyż istnienie porozumienia nie musi zakładać istnienia systemu monitorowania i sankcji.

Organ antymonopolowy pragnie również odnieść się do twierdzenia Żabki, iż treść umowy, była wynikiem narzucenia jej treści przez KORAL, który posiada na rynku krajowym dostaw lodów pozycję dominującą. Ustosunkowując się do powyższego twierdzenia Żabki, organ antymonopolowy pragnie wskazać, iż jeśli na etapie negocjowania warunków umowy pomiędzy oboma przedsiębiorcami, Żabka uważała, że KORAL posiada pozycję dominującą na tym rynku i wykorzystuje ją do narzucania warunków umów, to mogła złożyć odpowiednie zawiadomienie Prezesowi Urzędu, czego jednakże nie uczyniła. Należy w tym miejscu wskazać na niekonsekwencję firmy Żabka, która twierdzi, iż nie zadawała sobie sprawy z kwestionowanego przez organ antymonopolowy zapisu w umowie, natomiast w innym miejscu postępowania uważa, iż zapis ten został jej narzucony.

Organ antymonopolowy pragnie również podnieść, iż nie zgadza się z twierdzeniem Żabki, iż kwestionowane porozumienie powinno być dozwolone w świetle art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Należy wskazać, iż kwestionowane porozumienie może podlegać wyłączeniu na podstawie art. 8 tej ustawy, zgodnie z którym, zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy, 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.

Ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w art. 8 ust. 1, spoczywa na przedsiębiorcy (art. 8 ust. 2 ww. ustawy). Poza tym konieczne jest łączne spełnienie wszystkich czterech przesłanek. Innymi słowy brak spełnienia choćby jednej z nich wyklucza możliwość indywidualnego zwolnienia spod zakazu w trybie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wymóg spełnienia wszystkich tych przesłanek dotyczy całego okresu, w którym wykonywane jest stwierdzone porozumienie¹⁴.

Z kolei organ antymonopolowy analizując wskazane przez Żabkę w piśmie z dnia 20.11.2008r. przesłanki uzasadniające zdaniem przedsiębiorcy zwolnienie przedmiotowego porozumienia spod zakazu o którym mowa w art. 6 tej ustawy uznał, iż przesłanki te nie są uzasadnione.

Przede wszystkim należy wskazać, iż Żabka uzasadniając, że zawarte porozumienie może korzystać z zwolnienia o jakim mowa w art. 8 ust. 1, wskazała na okoliczność, że porozumienie przyczyniło się do polepszenia dystrybucji lodów, w związku z problemami w zaopatrzeniu u dotychczasowego dostawcy tj. Unilever Polska SA.

Organ antymonopolowy pragnie również wskazać, iż przesłanka z art. 8 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów opiera się na kryterium efektywności i odnosi się do obiektywnych korzyści gospodarczych, które mają zrekompensować negatywne następstwa wynikające z zawartego porozumienia antykonkurencyjnego. Ponadto przynoszenie korzyści gospodarczych nie może być oceniane z subiektywnego punktu widzenia uczestników porozumienia. Wystąpienie stanu polepszenia dystrybucji towarów oceniać trzeba, dokonując

¹⁴ K. Kohutek, M. Sieradzka „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2008, str. 309-310

porównania sytuacji, jaka miała miejsce przed zawarciem porozumienia oraz po jego zawarciu.

Tym samym w niniejszej sprawie wymagane jest wykazanie, aby pomiędzy wskazaną obiektywną korzyścią gospodarczą, którą zdaniem Żabki jest polepszenie dystrybucji towarów, a porozumieniem zachodził bezpośredni związek przyczynowy¹⁵.

Natomiast w ocenie organu antymonopolowego zawarcie w umowie o współpracy zapisu, zobowiązującego Żabkę do stosowania cen nie niższych niż sugerowane przez KORAL w żaden sposób nie przyczyniło się do polepszenia dystrybucji towarów z uwagi na brak związku przyczynowo-skutkowego. Nawet utrudnienie w zaopatrzeniu w lody produkowane przez Unilever Polska SA oraz konieczność zawarcia umowy z innym dostawcą tj. KORALEM, nie oznacza, iż Żabka musiała zgadzać się na każdy zapis zawarty w umowie, a tym bardziej zapis skutkujący zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję.

Tym samym należy wskazać, że Żabka w żaden sposób nie udowodniła, by zawarte przez nią porozumienie cenowe w jakikolwiek sposób przyczyniło się do zaistnienia na rynku obiektywnych korzyści gospodarczych, w szczególności do racjonalizacji dystrybucji towarów. Postępowanie dowiodło, iż zawarte porozumienie ograniczające konkurencję przyniosło wymierne korzyści stronom tego porozumienia, a przede wszystkim Żabce. Natomiast niewątpliwie koszty finansowe z zawartego porozumienia ponieśli konsumenci, którzy byli zmuszeni do zakupu lodów marki KORAL po cenie wyższej niż w przypadku gdyby porozumienie to nie istniało.

Zatem już pierwsza z przesłanek wynikających z art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dającego podstawę do indywidualnego zwolnienia spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień nie została spełniona. Uwzględniając to, iż do zastosowania przedmiotowego wyłączenia konieczne jest jednocześnie spełnienie wszystkich czterech przesłanek z art. 8 ust. 1 ww. ustawy, w tym stanie rzeczy jasnym jest, iż w okolicznościach sprawy zwolnienie spod zakazu nie może nastąpić, a analizowanie pozostałych przesłanek wynikający ze wskazanej podstawy prawnej nie jest celowe.

Ponadto organ antymonopolowy pragnie ustosunkować się do złożonego przez Żabkę wniosku o wydanie w niniejszej sprawie decyzji na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zobowiązania się tego przedsiębiorcy do podjęcia w terminie do 31.01.2009r. działań zmierzających do zapobieżenia skutkom tej praktyki poprzez ustalanie cen lodów marki KORAL samodzielnie, bez kwestionowanego zapisu umowy handlowej oraz opublikowanie przez tego przedsiębiorcę dwóch ogłoszeń prasowych informujących, iż nie miał on zamiaru zawarcia niedozwolonego porozumienia, nie był inicjatorem oraz zaprzestał jego stosowania.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą do wszczęcia postępowania z urzędu, że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 ww. ustawy, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, organ antymonopolowy może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.

Rozpatrując wniosek Żabki, po pierwsze należy wskazać, iż decyzją wydawana na podstawie ww. przepisu jest decyzją opartą o uznanie administracyjne. Art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów daje organowi antymonopolowemu uprawnienie, a nie obowiązek do wydania przedmiotowej decyzji. Zatem od uznania organu antymonopolowego zależy ukończenie postępowania poprzez wydanie decyzji na podstawie art. 12 ust. 1 tej ustawy.

¹⁵ K. Kohutek, M. Sieradzka „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2008, str. 313-314

Ponadto wskazać należy, że ww. przepis znajduje zastosowanie w przypadkach, gdy w toku postępowania zostanie uprawdopodobnione, na podstawie m.in. ustalonych okoliczności sprawy, że doszło do naruszenia przepisu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Należy podkreślić zatem, że wydanie decyzji, o jakiej mowa w art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest możliwe po uprawdopodobnieniu przesłanek stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Wydanie takiej decyzji ma służyć przyspieszeniu toku postępowania bez konieczności udowadniania stosowania zarzucanych praktyk, z możliwością poprzestania na ich uprawdopodobnieniu.

W wyroku z dnia 15 grudnia 2006 r. sygn. akt XVII AmA 35/06 Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – analizując odpowiednik art. 12 ust. 1 aktualnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tj. art. 11a poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wskazał, iż z treści ww. przepisu wynika, że określoną w nim decyzję wydaje się na wstępnym etapie postępowania antymonopolowego po uprawdopodobnieniu, na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych we wniosku lub będących podstawą do wszczęcia postępowania z urzędu, iż został naruszony zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Przepis ten ma na celu przede wszystkim przyspieszenie czasu trwania postępowania antymonopolowego, a w szczególności zakończenie postępowania antymonopolowego w sytuacji, gdy jego cel tj. usunięcie naruszeń, może być osiągnięty bez przeprowadzania postępowania dowodowego w całości.

Natomiast w niniejszej sprawie wniosek Żabki o wydanie decyzji z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, został złożony pismem z dnia 20.11.2008r., a więc ponad 8 miesięcy po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Ponadto wniosek wpłynął po zawiadomieniu przez organ antymonopolowy tego przedsiębiorcy o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz po zapoznaniu się przez niego z dowodami zebranymi w postępowaniu. Tym samym wniosek o wydanie decyzji na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów został złożony w tym postępowaniu, w końcowym jego etapie oraz po zebraniu przez organ antymonopolowy kompletnego materiału dowodowego niezbędnego do stwierdzenia, czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Organ antymonopolowy uznał zatem, iż, uwzględnienie wniosku Żabki o wydanie decyzji z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie doprowadzi do spełnienia podstawowego celu, jaki wynika z tego przepisu tj. przyspieszenia postępowania antymonopolowego i jego zakończenia skutkującego usunięciem zarzucanych naruszeń bez konieczności jego przeprowadzania w całości. Złożenie zatem wniosku po ponad 8 miesiącach trwania postępowania należy uznać za spóźnione, gdyż w żaden sposób nie przyczyniło się do przyspieszenia prowadzonego postępowania. Stąd też organ antymonopolowy z uwagi na opisane powyżej okoliczności, działając w ramach uznania administracyjnego, wniosku tego nie może uwzględnić. Dlatego też z uwagi na to, iż posiadany przez organ antymonopolowy w dniu 20.11.2008r. tj. dniu złożenia wniosku o wydanie decyzji na podstawie art. 12 ust. 1 tej ustawy, materiał dowodowy pozwalał na udowodnienie zarzucanego stronom postępowania porozumienia, a nie tylko jego uprawdopodobnienie, brak jest podstaw do uwzględnienia ww. wniosku.

Ponadto należy wskazać, iż treść art. 12 ust. 1 umożliwia Prezesowi Urzędu wydanie decyzji na podstawie ww. przepisu jedynie wówczas gdy przedsiębiorca składający taki wniosek zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom. Wnioskować z tego należy, iż zobowiązania powinny być takie, aby ich realizacja mogła faktycznie doprowadzić do „zapobieżenia” naruszeniom

wskazanych w art. 6 tej ustawy, czyli ich zaniechania¹⁶. Mogłyby one polegać na np. zmianie treści danego porozumienia, jego wykreśleniu, czy też usunięciu kwestionowanego przez organ antymonopolowy zapisu. Tym samym zobowiązania te powinny polegać na podjęciu działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom w dalszym ciągu. Natomiast jak przedstawiono to w opisie stanu faktycznego i co szerzej uzasadniono poniżej w rozpatrywanej sprawie po wszczęciu niniejszego postępowania, przedsiębiorcy będący stronami postępowania wykreślili kwestionowany przez organ antymonopolowy zapis w umowie i zaniechali stosowania porozumienia ograniczającego konkurencję.

Stąd też biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, iż brak jest podstaw do wydania w niniejszej sprawie decyzji na podstawie art. 12 ust. 1 tej ustawy.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, organ antymonopolowy zawarcie porozumienia o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za udowodnione.

Zgodnie z art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli organ antymonopolowy stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechanie jej stosowania. Jednocześnie art. 11 ust. 2 przedmiotowej ustawy stanowi, że powyższej decyzji nie wydaje się w przypadku, gdy zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 6 wydaje się w takim przypadku decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdza zaniechanie jej stosowania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy jak wykazano to powyżej zachodzą przesłanki pozwalające na stwierdzenie, iż przedsiębiorcy, którym postawiono zarzut zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję naruszyli art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednakże jak ustalił w tym postępowaniu organ antymonopolowy, w dniu 04.04.2008r. KORAL oraz Żabka zawarły aneks nr 3 do umowy o współpracy z dnia 18.04.2006r. (karta nr 126). Z aneksu tego wynika, iż strony umowy tj. KORAL i Żabka postanowiły o wykreśleniu z jej treści w § 1 punktu 1 e, mówiącego o tym, iż Żabka zobowiązuje się do stosowania cen nie niższych, niż sugerowane przez sprzedającego. Ponadto jak wynika z informacji uzyskanych w postępowaniu (karty nr 53, 54 i 158), KORAL i Żabka na 2008r. ustaliły jedynie asortyment sprzedawanych lodów, nie poczyniono natomiast żadnych uzgodnień w zakresie wysokości cen detalicznych sprzedaży lodów marki KORAL w sklepach sieci Żabka. Dodatkowym dowodem na samodzielne ustalenie przez Żabkę wysokości cen detalicznych sprzedaży lodów marki KORAL, mogą być również obowiązujące w 2008r. w jej sklepach cenniki z pustym polem na wpisanie wysokości ceny sprzedaży lodów tej marki przez sprzedawców. Oznacza to w ocenie organu antymonopolowego, iż KORAL i Żabka zaprzestały ustalania cen detalicznych sprzedaży lodów w sklepach tej sieci.

Zgodnie z treścią wspomnianego powyżej aneksu, wszedł on w życie od dnia 01.01.2008r. Stąd też należy przyjąć, iż zarzucane tym przedsiębiorcom porozumienie przestało obowiązywać z dniem 01.01.2008r. Oznacza to, iż z datą tą przedsiębiorcy ci, zaprzestali stosowania niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży hurtowej lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia, polegającego na ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy ww. przedsiębiorcami cen odsprzedaży, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁶ K.Kohutek, M.Sieradzka.Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.Komentarza. Wolters Kluwer Polska. Warszawa 2008r. Str. 430-444.

Stąd należało orzec jak w punkcie I sentencji tej niniejszej decyzji.

II. Artykuł 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu określonego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Jednakże art. 111 tej ustawy stanowi, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie jej przepisów. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć¹⁷. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić przy tym funkcję represyjną tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także prewencyjną czyli dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

W pkt I sentencji niniejszej decyzji uznano za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez strony niniejszego postępowania porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży lodów, polegającego na ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy ww. przedsiębiorcami cen sprzedaży lodów marki KORAL.

Ustalając wysokość kar pieniężnych organ antymonopolowy wziął pod uwagę, iż przedmiotowe porozumienie ograniczające konkurencję zawiązane zostało między podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu czyli było porozumieniem tzw. „wertykalnym”. Przedmiotem porozumienia było ustalenie pomiędzy KORALEM oraz Żabką cen minimalnych odsprzedaży lodów marki KORAL, co w ocenie organu antymonopolowego jest jednym z poważniejszych naruszeń prawa konkurencji. Skutkiem porozumienia była z jednej strony pewność firmy KORAL co do wysokości cen stosowanych przez Żabkę w sprzedaży detalicznej oraz umożliwienie utrzymania cen lodów KORAL, przynajmniej potencjalnie, na poziomie ponadkonkurencyjnym.

Ponadto skutkiem tego porozumienia ograniczono Żabce możliwość swobodnego ustalania cen detalicznych lodów marki KORAL i tym samym ograniczono możliwość bezpośredniego kształtowania w relacji z nabywcą, cen sprzedawanych przez siebie produktów. Tym samym zawarte porozumienie uniemożliwiło Żabce nieograniczone reagowanie na zaistniałą sytuację na rynku oraz dostosowywania stosowanych przez siebie cen w zależności od posunięć cenowych konkurentów tj. innych sklepów. Oznacza to, iż bezpośredni skutek tego porozumienia był odczuwalny przede wszystkim dla odbiorców Żabki tj. indywidualnych konsumentów.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000 r., I CKN 793/98.

Należy mieć również na uwadze, iż firma KORAL posiada na rynku krajowym lodów znaczący udział w rynku co oznacza, iż konsumenci bardzo chętnie nabywają lody tej marki. Tym samym Żabka osiągnęła również niewątpliwe korzyści finansowe z zawartego porozumienia.

Mając powyższe przesłanki na uwadze organ antymonopolowy stanął na stanowisku, iż przedmiotowe porozumienie stanowiło poważne naruszenie reguł konkurencji stąd też nałożona kara pieniężna zarówno na KORAL jak i Żabkę powinna mieć przede wszystkim walor represyjny.

Stąd też organ antymonopolowy uznał za uzasadnione nałożenie kary pieniężnej w następującej wysokości, na:

a) Przedsiębiorstwo Produkcji lodów „KORAL”- Józef Koral spółka jawna w Limanowej w wysokości 269.598 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych).

Postanawiając o takiej wysokości kary, organ antymonopolowy wziął pod uwagę przede wszystkim fakt, iż przedsiębiorca uczestniczył w porozumieniu ograniczającym konkurencję mającym na celu ustalanie cen sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez tego przedsiębiorcę, która to praktyka jest uznawana za jedno z poważniejszych naruszeń prawa konkurencji. Miarkując karę pieniężną uwzględniono również skutki zawartego porozumienia a w szczególności to, iż doprowadziło ono do ograniczenia konkurencji tzw. „wewnątrzmarkowej” na lody produkowane i sprzedawane przez KORAL.

Ustalając wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy miał również na uwadze fakt, iż doszło do faktycznego stosowania zawartego porozumienia. Ponadto na wymiar nałożonej kary pieniężnej miała również wpływ przesłanka, iż na skutek porozumienia, doszło do eksploatacji najsłabszych uczestników rynku tj. konsumentów, którzy w wyniku jego stosowania, nabywali lody marki KORAL po cenach wyższych niż wynikające z swobodnego działania mechanizmów konkurencji.

Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej uwzględniono również umyślność działania spółki KORAL, która jako profesjonalista działający od wielu lat na rynku, powinna zdawać sobie sprawę z uregulowań jakie zawiera ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

Miarkując wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy miał również na uwadze duży zasięg terytorialny zawartego porozumienia, gdyż sieć sklepów Żabka działa na obszarze prawie całego kraju.

Ponadto ustalając wysokość kary pieniężnej uwzględniono przesłankę, iż kwestionowane porozumienie było długotrwałe, gdyż trwało dłużej niż rok i tym samym jego skutki były odczuwalne dla konsumentów przez tak długi okres.

Organ antymonopolowy miarkując wysokość nakładanej kary wziął również pod uwagę znaczną pozycję spółki KORAL na rynku krajowym produkcji i sprzedaży lodów. Jednakże ustalając wysokość kary pieniężnej uwzględniono również specyfikę krajowego rynku lodów tj., że kwestionowane porozumienie dotyczyło jedynie niewielkiej ilości wyrobów spółki KORAL, gdyż sklepy sieci Żabka są jednym z wielu sprzedawców detalicznych lodów tej marki. Ponadto dla sklepów sieci Żabka lody marki KORAL są jednym z wielu sprzedawanych towarów i lodów. Stąd też organ antymonopolowy uznał, iż zawarte porozumienie nie spowodowało znaczących szkód na rynku krajowym sprzedaży detalicznej lodów.

Na ustalenie kary pieniężnej w stosunkowo niewielkiej wysokości w odniesieniu do kary maksymalnej jaka mogła zostać nałożona na przedsiębiorcę, miał również wpływ charakter towarów, których dotyczyło porozumienie tj., iż lody nie są produktem niezbędnym do życia konsumentom oraz, że są to wyroby, które nie mają większego wpływu na inne kluczowe sektory gospodarki.

Przy wymierzaniu wysokości kary pieniężnej organ antymonopolowy uwzględnił także inne przesłanki łagodzące mające wpływ na jej wysokość a przede wszystkim to, iż przedsiębiorca ten podpisał aneks do umowy, w toku trwania niniejszego postępowania co skutkowało zaniechaniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję oraz współpracował z Prezesem Urzędu.

Biorąc powyższe pod uwagę organ antymonopolowy postanowił o nałożeniu na KORAL kary pieniężnej w wysokości tj. 269.598 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych), stanowiącej ok. (...)% (tajemnica przedsiębiorcy - załącznik do decyzji), kary maksymalnej jaka mogłaby być na niego nałożona za udział w porozumieniu.

b) „Żabka Polska” SA w Poznaniu w wysokości 829.462 zł. (słownie: osiemset dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt dwa złote).

Postanawiając o takiej wysokości kary, organ antymonopolowy wziął pod uwagę przede wszystkim fakt, iż przedsiębiorca uczestniczył w porozumieniu ograniczającym konkurencję mającym na celu ustalenie cen sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez KORAL, która to praktyka jest uznawana za jedno z poważniejszych naruszeń prawa konkurencji. Miarkując karę pieniężną uwzględniono również skutki zawartego porozumienia, a przede wszystkim to, iż doprowadziło ono do ograniczenia konkurencji tzw. „wewnątrzmarkowej” na lody marki KORAL.

Ustalając wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy, uwzględnił również, iż doszło do faktycznego stosowania zawartego porozumienia. Ponadto na wymiar nałożonej kary pieniężnej miała również wpływ przesłanka, iż na skutek porozumienia, doszło do eksploatacji najsłabszych uczestników rynku tj. konsumentów, którzy w wyniku jego stosowania, nabywali lody marki KORAL po cenach wyższych niż wynikające z swobodnego działania mechanizmów konkurencji.

Miarkując wymiar kary pieniężnej wzięto pod uwagę również umyślność działania spółki Żabka, która jako profesjonalista działający od wielu lat na rynku, powinna zdawać sobie sprawę z uregulowań jakie zawiera ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przy ustalaniu wymiaru kary pieniężnej organ antymonopolowy miał również na uwadze duży zasięg terytorialny zawartego porozumienia gdyż sieć sklepów Żabka działa na obszarze prawie całego kraju.

Ponadto na wymiar kary pieniężnej miał również wpływ fakt, iż kwestionowane porozumienie było długotrwałe, gdyż trwało dłużej niż rok i tym samym jego skutki były odczuwalne dla konsumentów przez tak długi okres.

Jednakże organ antymonopolowy uwzględnił również specyfikę rynku sprzedaży lodów tj. przesłankę, iż kwestionowane porozumienie dotyczyło jedynie niewielkiej ilości wyrobów firmy KORAL, gdyż sklepy sieci Żabka są jednym w wielu sprzedawców detalicznych lodów tej marki. Również dla sklepów sieci Żabka, lody marki KORAL są jednym z wielu sprzedawanych towarów. Stąd też organ antymonopolowy uznał, iż zawarte porozumienie nie spowodowało znaczących szkód na rynku krajowym sprzedaży detalicznej lodów.

Na ustalenie kary pieniężnej w stosunkowo niewielkiej wysokości w odniesieniu do kary maksymalnej jaka mogła by być nałożona na tego przedsiębiorcę, miał również wpływ charakter towarów, których dotyczyło porozumienie tj., iż lody nie są produktem niezbędnym do życia konsumentom oraz, że są to wyroby, które nie mają większego wpływu na inne kluczowe sektory gospodarki.

Przy wymierzaniu nakładanej na przedsiębiorcę kary pieniężnej organ antymonopolowy miał również na uwadze inne przesłanki łagodzące mające wpływ na jej wysokość a przede wszystkim to, iż przedsiębiorca podpisał aneks do umowy, w toku trwania niniejszego postępowania, co skutkowało zaniechaniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję oraz współpracował z Prezesem Urzędu.

Biorąc powyższe pod uwagę organ antymonopolowy postanowił o nałożeniu na Żabkę kary pieniężnej w wysokości 829.462 zł (słownie: osiemset dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt dwa złote), stanowiącej ok. 0,52% kary maksymalnej jaka mogłaby być na nią nałożona za udział w porozumieniu.

Stąd też orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.

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: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

III. Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, organ antymonopolowy rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku organ antymonopolowy w punkcie I sentencji przedmiotowej decyzji stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez strony postępowania wymienione w sentencji decyzji. Kosztami niniejszego postępowania są dla organu antymonopolowego wydatki związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją. W związku z powyższym organ antymonopolowy postanowił obciążyć KORAL oraz Żabkę kwotą kosztów w wysokości po 31 zł (słownie: trzydzieści jeden złotych).

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie III sentencji.

Koszty niniejszego postępowania w/w podmioty są obowiązane wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

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

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z 479²⁸ § 1 pkt 2 Kpc, należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Otrzymują:

1. „Żabka Polska” SA
Ul. Ogrodowa 12
61-821 Poznań

reprezentowana przez:

Marka Szczepańskiego
„Żabka Polska” SA
Ul. Ogrodowa 12
61-821 Poznań

2. Przedsiębiorstwo Produkcji Lodów
„KORAL” – Józef Koral sp.j.
Ul. Fabryczna 5
34-600 Limanowa