



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA W POZNANIU

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań

Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44

E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 22 listopada 2011 r.

RPZ-410/4/11/ŁD

DECYZJA nr RPZ 32/2011

I. Na podstawie art. 10 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, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie pomiędzy Tadeuszem Wysockim, prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „DOM HANDLOWY OPROGRAMOWANIA DHO Biuro Poszukiwania Rodzin i Informacji Genealogicznych w Polsce DHO Biuro Architektoniczne” z siedzibą w Warszawie oraz Dabkomp Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie **porozumienia ograniczającego konkurencję** na krajowym rynku dystrybucji oprogramowania polegającego na ustaleniu w umowie partnera handlowego obowiązku stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej oraz cenowej, w tym cen sztywnych i minimalnych

i nakazuje się zaniechanie jej stosowania.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 oraz stosowanie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z naruszeniem zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **nakłada się** na Tadeusza Wysockiego, prowadzącego działalność pod nazwą „DOM HANDLOWY OPROGRAMOWANIA DHO Biuro Poszukiwania Rodzin i Informacji Genealogicznych w Polsce DHO Biuro Architektoniczne” z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości: **1.939,00 zł** (słownie: tysiąc dziewięćset trzydzieści dziewięć złotych)

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 oraz stosowanie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z naruszeniem zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **nakłada się** „Dabkomp” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie **karę pieniężną** w wysokości **1.490,00 zł** (słownie: tysiąc czterysta dziewięćdziesiąt złotych).

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 4.02.2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes Urzędu”) wszczął postępowanie wyjaśniające w celu zbadania rynku dystrybucji oprogramowania i urządzeń komputerowych (sygn. RPZ-400/6/11/ŁD). W toku tego postępowania analizowane były m.in. umowy, jakimi posługują się przedsiębiorcy zajmujący się dystrybucją oprogramowania i urządzeń komputerowych. Jednym z przedsiębiorców, którego działalność była analizowana był Tadeusz Wysocki prowadzący działalność pod nazwą: „DOM HANDLOWY OPROGRAMOWANIA DHO Biuro Poszukiwania Rodzin i Informacji Genealogicznych w Polsce DHO Biuro Architektoniczne” z siedzibą w Warszawie (dalej: „DHO”), który związany jest umową w zakresie dystrybucji oprogramowania z „Dabkomp” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Dabkomp”).

Z uwagi na fakt, iż materiał zebrany w toku postępowania wyjaśniającego uzasadniał, w ocenie Prezesa Urzędu, przypuszczenie naruszenia przez ww. przedsiębiorców ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: „u.o.k.k.”), postanowieniem z dnia 12 września 2011 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez DHO oraz Dabkomp porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego, polegającego na ustaleniu w umowie partnera handlowego obowiązku stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej oraz cenowej, w tym cen sztywnych i minimalnych, co może stanowić praktykę określoną w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k (sygn. RPZ-410/4/11/DW). Postanowieniem z tego samego dnia zostały zaliczone w poczet materiałów postępowania antymonopolowego wybrane dokumenty z postępowania wyjaśniającego o sygn. RPZ-400/6/11/ŁD.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, DHO pismem z dnia 26.09.2011 r. wniósł o „anulację postępowania”. Przedsiębiorca podkreślił, iż nie zawarł on porozumienia ograniczającego konkurencję i jego celem nigdy nie było wprowadzenie w umowie partnera handlowego zawartej z Dabkomp obowiązku stosowania cen sztywnych lub minimalnych. Kwestionowane postanowienia zostały wprowadzone w związku z zamiarem posilkowania się cenami sugerowanymi producenta. Przedsiębiorca wskazał, iż umowa została zawarta w 2000 r., kiedy nie korzystał on z usług prawnika i skorzystał z wzoru zamieszczonego w internecie. DHO podniósł, iż nigdy nie przekazywał Dabkomp cenników na poszczególne produkty i nie podejmował działań mających na celu realizację kwestionowanych postanowień w praktyce

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, Dabkomp pismem z dnia 28.09.2011 r. wyjaśnił, iż nie było żadnego uzasadnienia dla wprowadzenia kwestionowanych postanowień umowy partnera handlowego zawartej z DHO. Umowa została przygotowana przez DHO i przedstawiona Dabkomp do podpisu. Przedsiębiorca wskazał, iż postanowienia budzące wątpliwości Prezesa Urzędu nie były wykonywane w praktyce, a przedsiębiorca przy sprzedaży produktów zakupionych od DHO kierował się jedynie cenami sugerowanymi przez producentów oprogramowania. W ocenie przedsiębiorcy, kierowanie się sugerowanymi cenami ustalonymi przez producentów nie narusza przepisów u.o.k.k.

Pismem z dnia 4 listopada 2011 r. Prezes Urzędu zawiadomił strony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o przysługującym stronom prawie zapoznania się z całością zebranego w sprawie materiału oraz prawie złożenia dodatkowych wyjaśnień. Strony nie skorzystały z prawa zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Tadeusz Wysocki prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą „DOM HANDLOWY OPROGRAMOWANIA DHO Biuro Poszukiwania Rodzin i Informacji Genealogicznych w Polsce DHO Biuro Architektoniczne” na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta m.st. Warszawy pod numerem 268686. Zgodnie z wpisem do ewidencji, przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest m.in. sprzedaż hurtowa komputerów oraz oprogramowania, doradztwo w zakresie sprzętu komputerowego oraz oprogramowania oraz pozostała działalność związana z informatyką.

W ofercie DHO znajduje się produkowane przez polskich i zagranicznych producentów oprogramowanie użytkowe dla małych i średnich przedsiębiorców, programy biurowe, programy antywirusowe, programy edukacyjne, programy językowe, programy narzędziowe i branżowe, programy prawnicze i medyczne oraz inne programy specjalistyczne. Sieć handlowa DHO obejmuje ok. 1000 partnerów handlowych na terenie całego kraju. Oprócz sprzedaży hurtowej DHO prowadzi także sprzedaż detaliczną oprogramowania.

DHO nie wymaga od partnerów handlowych zawarcia pisemnej umowy o współpracy, do nawiązania współpracy wystarczy kopia dokumentów potwierdzających fakt prowadzenia działalności gospodarczej takich jak kopia zaświadczenia o wpisie do Ewidencji Działalności Gospodarczej, zaświadczenia o nadaniu numeru NIP i REGON. Przy współpracy z partnerami handlowymi DHO posługuje się także umową partnera handlowego DHO, która podpisywana jest na podstawie wzorca opracowanego przez DHO. Do roku 2005 r. DHO podpisywał z partnerami handlowymi umowę w formie pisemnej, natomiast od roku 2005 r. zawierane są umowy w formie elektronicznej w oparciu o wzorzec zawarty na stronie internetowej www.dho.com.pl.

DHO nie jest w stanie stwierdzić, kiedy został stworzony wzór umowy partnera handlowego, ani też wskazać dokładnie w oparciu o jakie inne dokumenty został on sporządzony. Jak wskazał DHO, wzór umowy partnera handlowego został opracowany bez zasięgnięcia jakiegokolwiek profesjonalnej opinii prawnej i opierał się na innych wzorcach dostępnych w sieci internet. Wzór ten obowiązywał od wielu lat i nie był zmieniany. Umowa partnera handlowego DHO dotyczy sprzedaży tzw. „pakietów” tj. produktów software’owych dostarczonych do sprzedaży w oryginalnych, zamkniętych opakowania producenta albo sprzedawanych na zasadzie udzielania licencji.

Wzór umowy partnera handlowego zawierał m.in. następujące postanowienia:

„§2. Partner Handlowy DHO zobowiązuje się do:

(...)

8. *prowadzenie polityki handlowo-cenowej przy sprzedaży Pakietów zgodnej z polityką narzuconą przez poszczególnych Producentów Pakietów na podstawie informacji pisemnej i cenników otrzymywanych od DHO w formie drukowanej lub na nośnikach magnetycznych i innych nośnikach komputerowych.”*

oraz

„§4.

(...)

6. *Partner Handlowy DHO zobowiązany jest do przestrzegania przy sprzedaży Pakietów cen detalicznych ustalonych przez Producentów Pakietów jako minimalne ceny rynkowe, o ile Producent nie dopuszcza cen sugerowanych.”*

„Dabkomp” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie jest wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000150400. Zgodnie z wpisem do rejestru przedsiębiorców, przedmiotem działalności Spółki jest m.in. doradztwo w zakresie sprzętu komputerowego i oprogramowania, działalność związana z bazami danych oraz pozostała działalność związana z informatyką. Faktycznym przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest sprzedaż i wdrażanie oprogramowania do zarządzania wraz z dostawą i uruchomieniem niezbędnej platformy programowo-sprzętowej (urządzeń komputerowych i oprogramowania systemowego).

W dniu 5.07.2000 r. Dabkomp podpisał z DHO umowę partnera handlowego nr 865/2000, która zawierała wskazane wyżej postanowienia § 2 ust. 8 i § 4 ust. 6 zobowiązujące partnera handlowego DHO do stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej oraz cenowej.

Dabkomp jest największym partnerem handlowym DHO ustalonym według kryterium wielkości obrotu, który to obrót znacząco przekracza obroty DHO z pozostałymi partnerami handlowymi należącymi do grupy największych odbiorców DHO. Dabkomp współpracuje z DHO głównie w zakresie sprzedaży produktów ASSECO WAPRO służących do zarządzania w małych i średnich przedsiębiorstwach, wspierających pracę działów sprzedaży, finansów i księgowości oraz kadr.

Według danych ICD Poland, rynek IT w Polsce osiągnął w 2010 r. 9,21 mld USD. Wartość sprzedaży sprzętu wyniosła 5,06 mld USD, oprogramowania - 1,2 mld USD, natomiast usług – 2,95 mld USD. Dla porównania, w roku 2009 rynek IT w Polsce osiągnął wartość 8,53 mld USD, a w 2008 r. – 11,55 mld USD¹. Na rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego w Polsce działa wielu przedsiębiorców, a wartość sprzedaży uzyskana przez strony niniejszego porozumienia świadczy o tym, iż posiadają oni niewielki udział w rynku.

W związku z otrzymaniem wezwań od Prezesa Urzędu, skierowanych do DHO w toku postępowania wyjaśniającego, w lipcu 2011 r. DHO opracowało nowy wzór umowy partnera handlowego, zawierający następujące brzmienie postanowień kwestionowanych przez Prezesa Urzędu:

„§ 2 Partner handlowy zobowiązuje się do:

(...)

8. prowadzenie polityki handlowo-cenowej przy sprzedaży Pakietów zgodnej z oficjalnymi licencjami programów komputerowych oraz zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji na rynku.”

§ 4

(...)

6. Partner Handlowy DHO zobowiązany jest do przestrzegania przy sprzedaży Pakietów zasad oficjalnych licencji programów komputerowych.”

Umowa pomiędzy DHO a Dabkomp nie została zmieniona, dlatego w dalszym ciągu obowiązuje umowa partnera handlowego DHO z 5 lipca 2000 r. w pierwotnej wersji.

¹ <http://www.computerworld.pl/news/366407/Polski.rynek.IT.w.roku.2011.powrot.wzrostow.html>

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

DHO oraz Dabkomp postawiony został zarzut zawarcia na rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego, porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., polegającego na ustaleniu w umowie partnera handlowego obowiązku stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej i cenowej, w tym cen sztywnych i minimalnych.

2. Interes publiczny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni interes publiczny, co wynika z art. 1 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem, ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze jednolitym i stałym, a Prezes Urzędu wydając decyzję powinien ustalić, czy w sprawie został naruszony interes publicznoprawny. Jak uznał Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Antymonopolowy: „Organ administracji publicznej – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinien w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji być rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 kpa. „Publiczny” znaczy odnoszący się do ogółu a nie do jednostki, czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno więc być uprzednie udowodnienie przez wyżej wymieniony organ administracji, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy „interesu publicznego”, nie zaś interesu jednostki, czy też grupy”².

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk.³ Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.⁴

Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest nie tylko ze względu na interes innych przedsiębiorców, którzy wskutek stosowania praktyk ograniczających konkurencję są pozbawieni lub ograniczeni w możliwości skutecznego konkurowania na rynku. Praktyki ograniczające konkurencję godzą w ostatecznym wymiarze w interes odbiorców, a tym samym w dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*), którego ochrona jest ostatecznym celem prawa konkurencji, poprzez pozbawienie odbiorców końcowych korzyści wynikających z konkurencji takich jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku.⁵

Porozumienia cenowe należą do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, albowiem zawsze wywołują one niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny⁶.

2 Uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. akt XVII AmA 47/2001,

3 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

4 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.10.2008 r., sygn. akt III SK 2/08.

5 Decyzja Prezesa UOKiK z 2.11.2010 r. nr RPZ 26/2010; Decyzja Prezesa UOKiK z 15.06.2011 r. nr RPZ 7/2011; Decyzja Prezesa UOKiK z 25.07.2011 nr DOK 6/2011

Pionowe porozumienia cenowe należą do kategorii porozumień ograniczających konkurencję wewnątrzmarkową. Minimalne lub sztywne ceny odsprzedaży wykluczają lub utrudniają pojawienie się nowych, tańszych form dystrybucji, co uniemożliwia lub utrudnia rozwój nowych form konkurencji. W ocenie Prezesa Urzędu, skutki praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na ustalaniu sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży dotyczą także nabywców finalnych, w tym przede wszystkim konsumentów. Ustalanie przez przedsiębiorców minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży niesie za sobą w konsekwencji pozbawienie odbiorców końcowych możliwości nabycia towarów po cenach niższych niż wynikające z porozumienia, a które mogłyby być stosowane w przypadku działania naturalnych mechanizmów rynkowych.

Niniejsze postępowanie dotyczy zawarcia przez DHO i Dabkomp porozumienia polegającego na ustaleniu w umowie partnera handlowego obowiązku stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej oraz cenowej, w tym cen sztywnych i minimalnych. Praktyka tego rodzaju posiadała co najmniej zdolność do wywołania antykonkurencyjnych skutków poprzez ograniczenie swobody Dabkomp dotyczącej ustalania cen za sprzedawane oprogramowanie. Działania stron mogły zatem uderzać w odbiorców ostatecznych nabywających od Dabkomp oprogramowanie służące przede wszystkim do wspierania procesów zarządzania w małych i średnich przedsiębiorstwach. Na skutek zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przedsiębiorcy mogli nabywać od Dabkomp produkty po cenach wyższych od cen występujących na rynku konkurencyjnym, co w konsekwencji mogło podnieść koszty prowadzenia przez nich działalności gospodarczej. Zwiększone koszty prowadzenia przez nabywców Dabkomp działalności gospodarczej mogły przełożyć się następnie na wyższe ceny produktów i usług oferowanych konsumentom. W ostatecznym wymiarze kwestionowana praktyka godziła zatem w interesy konsumentów, którzy nabywaliby towary i usługi od przedsiębiorców będących odbiorcami Dabkomp.

W związku z powyższym w niniejszej sprawie, w ocenie Prezesa Urzędu, istnieją podstawy do podjęcia interwencji w interesie publicznym.

3. Status przedsiębiorcy

Fakt posiadania przez DHO oraz Dabkomp statusu przedsiębiorcy nie był kwestionowany, jednakże Prezes Urzędu wydając przedmiotową decyzję winien ocenić, czy strony są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z definicją przedsiębiorcy, zawartą w art. 4 pkt 1 u.o.k.k., przedsiębiorcą jest przede wszystkim przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. 2010, Nr 220, poz. 1447 ze zm.), przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

DHO prowadzi we własnym imieniu działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej, natomiast Dabkomp prowadzi we własnym imieniu działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. W związku z powyższym, zarówno DHO jak i Dabkomp posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a w konsekwencji w rozumieniu u.o.k.k., a tym samym są adresatami zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

4. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów 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 u.o.k.k.).

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energie, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 u.o.k.k.). 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.

Przedmiotem zarzutu w niniejszej sprawie jest zawarcie porozumienia polegającego na ustaleniu w umowie partnera handlowego DHO zawartej z Dabkomp obowiązku stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej oraz cenowej, w tym cen sztywnych i minimalnych.

Przedmiotem działalności DHO jest dystrybucja oprogramowania zarówno polskich jak i zagranicznych producentów (oprogramowanie użytkowe dla małych i średnich przedsiębiorców, programy biurowe, programy antywirusowe, programy edukacyjne, programy językowe, programy narzędziowe i branżowe, programy prawnicze i medyczne oraz inne programy specjalistyczne) DHO prowadzi przede wszystkim dystrybucję oprogramowania na szczeblu hurtowym sprzedając oprogramowanie partnerom handlowym takim jak Dabkomp. Poza sprzedaż hurtową oprogramowania DHO prowadzi także sprzedaż detaliczną oprogramowania m.in. za pośrednictwem własnej strony internetowej. Dabkomp nabywa od DHO przede wszystkim oprogramowanie służące do zarządzania w małych i średnich przedsiębiorstwach, wspierających pracę działów sprzedaży, finansów i księgowości oraz kadr.

W ramach produkowanego przez producentów krajowych i zagranicznych oprogramowania wyróżnić można oprogramowanie biurowe dla przedsiębiorców, programy antywirusowe, programy edukacyjne, inne programy specjalistyczne, w tym oprogramowanie prawnicze i medyczne itp. Wyżej wskazane rodzaje oprogramowania zaspokajają zróżnicowane potrzeby odbiorców i cechują się ograniczoną substytucyjnością. W związku z powyższym rynek oprogramowania może podlegać dalszej segmentacji ze względu na takie parametry jak ceny oprogramowania, jego przeznaczenie oraz właściwości. Dotyczy to zarówno oprogramowania oferowanego przedsiębiorcom, jak i oprogramowania oferowanego konsumentom. Podobnie niektóre rodzaje oprogramowania adresowane są wyłącznie do przedsiębiorców (oprogramowanie księgowe, kadrowe, wspomagające wystawianie faktur) i nie stanowią one substytutów dla oprogramowania oferowanego konsumentom.

W ocenie Prezesa Urzędu, ze względu na charakter niniejszej sprawy dalsza segmentacja tego rynku, przykładowo, na rynek oprogramowania adresowanego do małych i średnich przedsiębiorstw oraz oprogramowania adresowanego do konsumentów albo na rynek oprogramowania antywirusowego, edukacyjnego, językowego, narzędziowego itp. nie jest uzasadniona.

Za wyodrębnieniem jednego rynku dystrybucji oprogramowania przemawia w szczególności fakt podobnego systemu dystrybucji wszystkich wyżej wskazanych programów. DHO stosuje te same zasady dystrybucji oprogramowania wobec swoich partnerów handlowych, bez wyodrębniania dystrybucji poszczególnych rodzajów oprogramowania, czy to ze względu na

jego rodzaj, czy też charakter odbiorców (podmioty profesjonalnie prowadzące działalność gospodarczą oraz konsumenci). Porozumienie kwestionowane w niniejszej decyzji dotyczyło dystrybucji wszelkiego rodzaju oprogramowania nabywanego przez Dabkomp od DHO i bez znaczenia jest pod tym względem fakt, iż Dabkomp zajmuje się głównie sprzedażą oprogramowania służącego do wspomagania procesów zarządzania w małych i średnich przedsiębiorstwach. Analogicznymi przesłankami kierował się Prezes Urzędu wyodrębiając w innej sprawie rynek sprzedaży programów informatycznych dla użytkowników instytucjonalnych, mimo iż rynek ten mógł podlegać dalszej segmentacji⁵.

Za szerokim ujmowaniem rynku w niniejszej sprawie przemawia ponadto analiza orzecznictwa Komisji Europejskiej, wskazującego na konieczność uwzględnienia szczebla obrotu, którego dotyczy zarzucany czyn, co uzasadnia niekiedy szersze spojrzenie na badane rynki. W decyzjach Komisji za produktowy rynek właściwy została uznana dystrybucja pewnej grupy towarów, bez węższej segmentacji uwzględniającej poszczególne towary, stanowiące przedmiot obrotu⁶.

Przy określaniu rynku właściwego przedmiotowo należy wziąć pod uwagę także szczebel obrotu towarowego (zbyt, hurt, detal). Prezes Urzędu we wcześniejszych decyzjach uznawał, iż rynek właściwy ze względu na szczebel obrotu, którego dotyczyła zarzucana przedsiębiorcy praktyka winien być określony jako rynek dystrybucji kotłůw grzewczych, mimo że z punktu widzenia finalnego odbiorcy rynek ten mógłby podlegać dalszej segmentacji⁷. 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 konkurencji⁸.

Podobnie, w innej decyzji, Prezes Urzędu przyjął iż, rynek produktowy stanowi rynek sprzedaży obuwia i odzieży dziecięcej⁹, czy też rynek dystrybucji mebli¹⁰. Za takim określeniem rynku produktowego przemawiały takie czynniki jak m.in. podobny proces wytwarzania, podobny sposób promocji, te same kanały dystrybucji.

Zawarcie kwestionowanego niniejszą decyzją porozumienia dotyczyło ustalenie obowiązku stosowania określonej polityki handlowej oraz cenowej, w tym obowiązku stosowania sztywnych i minimalnych cen odsprzedaży i odbyło się pomiędzy DHO – sprzedawcą hurtowym oprogramowania a jego partnerem handlowym – Dabkomp, zajmującym się detaliczną dystrybucją oprogramowania. W niniejszej sprawie Dabkomp nabywa oprogramowanie określonych producentów od DHO, celem ich dalszej odsprzedaży klientom detalicznym, w tym głównie przedsiębiorcom. W związku z powyższym określając rynek właściwy jako rynek dystrybucji oprogramowania komputerowego, Prezes Urzędu dystrybucję oprogramowania komputerowego traktuje jako sprzedaż hurtową tych towarów.

Biorąc pod uwagę fakt, iż partnerzy handlowi DHO pochodzą z całej Polski, nie występują istotne różnice warunków konkurencji na różnych obszarach kraju, a właściwości produktu nie ograniczają możliwości transportu, rynek właściwy w ujęciu geograficznym zdefiniowano jako rynek krajowy. Za przyjęciem, iż rynek krajowy jest rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym

⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30.12.2009 nr RKT 49/2009.

⁶ S.Gronowski, *Ustawa Antymonopolowa Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999 r., decyzja nr IV/M.009 *Fiat Geotech/Ford New Holland*, pkt 10-13; decyzja nr IV/M.256 *Linde/Fiat*, pkt 14.

⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 września 2004 r. nr RPZ 21/2004.

⁸ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23.03.2006 r., sygn. akt XVII AmA 130/04.

⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12.05.2010, nr RPZ-6/2010.

¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.08.2010 r., nr RPZ-20/2010

przemawia także fakt prowadzenia przez DHO jednolitego systemu dystrybucji dla całego rynku krajowego oraz nieistotność kosztów transportu na terenie kraju w przypadku zakupów hurtowych.

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zawarto na **krajowym rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego**.

Zgodnie z polskimi przepisami regulującymi kwestię porozumień ograniczających konkurencję, porozumienia w zakresie ustalania cen są traktowane bardzo restrykcyjnie i są niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu.

Stosownie do art. 7 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k., zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się do porozumień zawartych między przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%. W niniejszej sprawie nie było konieczne dokładne określenie posiadanych przez strony postępowania udziałów w rynku, ponieważ zgodnie z art. 7 ust. 2 u.o.k.k. ww. wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się m.in. w przypadku, gdy porozumienie polega na ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Porozumienia cenowe, polegające na ustalaniu cen minimalnych lub sztywnych nie podlegają także wyłączeniu na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2011 r. Nr 81, poz. 441). Zgodnie z § 11 pkt 1 ww. rozporządzenia, określonych w nim wyłączeń 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 ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem.

W związku z faktem, iż porozumienie cenowe jest zakazane bez względu na udział w rynku poszczególnych stron porozumienia nawet ewentualne uchybienia w zakresie określenia rynku i błędne przyjęcie udziału rynkowego nie mają znaczenia dla treści rozstrzygnięcia¹¹.

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

4.1. Rodzaj porozumienia

Porozumienia ograniczające konkurencję mogą być zawarte pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym poziomie rynku (zawierane przez konkurentów porozumienia horyzontalne, poziome), bądź różnych poziomach rynku (zawierane przez podmioty ze sobą nie konkurujące porozumienia wertykalne, pionowe). Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania zostało zawarte pomiędzy DHO – przedsiębiorcą zajmującym się hurtową sprzedażą oprogramowania oraz jego partnerem handlowym - Dabkomp, będącym dystrybutorem oprogramowania nabywanego od DHO i oferowanego klientom ostatecznym. Porozumienie ma zatem charakter pionowy (wertykalny).

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. stanowi, że zakazane są porozumienia, których **celem lub skutkiem** jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 lutego 2007 r. sygn. akt XVII Ama 98/06; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07

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.

Jak podkreślił Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „z redakcji tego przepisu jasno też wynika, iż nie jest okolicznością istotną, czy planowany cel lub skutek został przez porozumiewające się strony osiągnięty i czy porozumienie weszło w życie. **Zakazane jest już samo porozumienie** określone w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przy tym należy mieć na względzie, że ustawodawca w art. 4 pkt 4 b Ustawy wprowadził definicję porozumienia zgodnie z którą, przez porozumienia rozumie się uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki.”¹⁴

Istotą porozumienia jest bowiem już sama „koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji (...), a nie to czy było ono do końca wykonane czy nie”¹⁵.

Porozumienie zawarte pomiędzy DHO oraz Dabkomp, dotyczy ustalania w umowie partnera handlowego obowiązku stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej oraz cenowej, w tym cen sztywnych i minimalnych, jest zatem porozumieniem zakazanym z mocy art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., albowiem polega na pośrednim uzgodnieniu stosowanych przez dystrybutora cen, ograniczając jego swobodę w tym zakresie.

Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i judykatury, porozumienia cenowe należą do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Cena jest elementem, który najbardziej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami a jednocześnie wpływa na wybór ofert przez konsumentów¹⁶. Komisja Europejska jednoznacznie stwierdziła, iż sam fakt istnienia w danym dokumencie klauzuli ograniczającej bezpośrednio lub pośrednio swobodę dystrybutora do ustalania cen odsprzedaży może stanowić naruszenie konkurencji¹⁷.

Ustalanie zatem pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu określonych zasad polityki handlowej oraz cenowej dotyczącej obowiązku przestrzegania cen sztywnych lub minimalnych jest z mocy prawa zakazane i stanowi jedno z najcięższych naruszeń 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.”¹⁸

4.2. Forma porozumienia

Zgodnie z art. 4 pkt 5 u.o.k.k., przez porozumienie rozumie się:

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

¹⁴ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13.09.2006 r. sygn. akt XVI ACa 185/06 Dz.Urz.UOKiK 2007/1/12.

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07.

¹⁶ E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002 r.

¹⁷ Decyzja w sprawie *Yamaha* (COMP/37.975/PO), pkt 92

¹⁸ Sprawa 26/76 *Metro v. Komisja* [1977] ECR 1875, pkt 21

Definicja porozumienia w powyższym brzmieniu jest definicją szeroką, pozwalającą na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 u.o.k.k. wszelkich form skoordynowanych zachowań niezależnie działających przedsiębiorców lub ich związków, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regulami wolnej konkurencji.

W niniejszej sprawie porozumienie ograniczające konkurencję zostało zawiązane w formie umowy pisemnej - umowy partnera Handlowego DHO, zawartej pomiędzy DHO oraz Dabkomp w dniu 5.07.2000 r. Porozumienie zostało zatem zawarte w formie określonej w art. 4 pkt 5 lit. a u.o.k.k.

Spełniona została zatem pierwsza przesłanka zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawiązaniu porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 5 i art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy.

4.3. Przedmiot porozumienia.

Stosownie do treści art. 6 u.o.k.k., zakazane jest 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. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. nie ma zatem istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia¹⁹.

Tak rozumiany przedmiot porozumienia odrywa się całkowicie od subiektywnych zamiarów stron, od celu ich działania.

Przy ocenie, czy celem porozumienia było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym nie ma znaczenia rzeczywisty zamiar stron i cel umowy. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w analogicznej sprawie, **porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane ze względu na ich cel (przedmiot), który odrywa się całkowicie od subiektywnych zamiarów stron, od celu ich działania.** Nawet jeżeli strony porozumienia nie mają świadomości bezprawności swoich działań, czy wręcz działają w dobrej wierze, ale analiza treści porozumienia pozwala na przyjęcie, iż celem jego zawarcia było naruszenie konkurencji, porozumienie takie kwalifikowane jest jako sprzeczne z prawem. **Brak świadomości bezprawności podejmowanych działań, w tym brak subiektywnego zamiaru naruszenia konkurencji nie zwalnia z odpowiedzialności za naruszenie przepisów u.o.k.k.²⁰**

Jak podkreślił Sąd Najwyższy w jednym ze swoich wyroków dotyczących porozumień ograniczających konkurencję: „**Świadomość naruszenia zakazów wynikających z ustawy nie ma znaczenia z punktu widzenia kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję.** Jej wykazanie nie jest konieczne do stwierdzenia bezprawności zachowania przedsiębiorcy naruszającego dyspozycję art. 5 ust. 1 ustawy [obecnie art. 6 ust. 1]. Porozumienie - takie jak w stanie faktycznym niniejszej sprawy - ma na celu ograniczenie konkurencji, nie tylko wtedy gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji ale gdy z przedmiotu poczynionych przez jego strony uzgodnień wynika, że nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Decyduje o tym sprzeczność materii uzgodnień przedsiębiorców z celami ustawy, zaś ocena, czy celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji obejmuje analizę treści (przedmiotu) porozumienia oraz kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do uzgodnień między przedsiębiorcami.”⁷

¹⁹ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02.

²⁰ Wyrok SA w Warszawie z dnia 20 lipca 2011 r. sygn.: VI ACa 141/11..

Dla określenia przedmiotu porozumienia podstawowe znaczenie ma zatem **obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania**. Uwzględniając jaki był obiektywny cel porozumienia należy wziąć pod uwagę jego literalne brzmienie, a także okoliczności jego zawarcia i wykonywania.

Zgodnie z treścią zawartej między dystrybutorem- DHO, a jego partnerem handlowym- Dabkomp:

§2. Partner Handlowy DHO zobowiązuje się do:

(...)

8. *prowadzenia polityki handlowo-cenowej przy sprzedaży pakietów zgodnej z polityką narzuconą przez poszczególnych producentów pakietów na podstawie informacji pisemnej i cenników otrzymywanych od DHO w formie drukowanej lub na nośnikach magnetycznych i innych nośnikach komputerowych*"

oraz

§4. Zasady współpracy

(...)

6. *Partner Handlowy DHO zobowiązany jest do przestrzegania przy sprzedaży pakietów cen detalicznych ustalonych przez Producentów Pakietów jako minimalne ceny rynkowe, o ile Producent nie dopuszcza cen sugerowanych*".

Przedmiotem (obiektywnym celem) postanowienia zobowiązującego partnera handlowego DHO do prowadzenia polityki cenowej oraz handlowej zgodnej z polityką narzuconą przez poszczególnych producentów oprogramowania oraz zobowiązanie się Dabkomp do przestrzegania cen detalicznych, ustalonych przez producentów oprogramowania jako minimalne lub sztywne ceny rynkowe było ograniczenie swobody partnera handlowego w jego prawie do ustalania cen sprzedawanych towarów, a w konsekwencji ograniczenie konkurencji cenowej na rynku właściwym.

Treść wyżej zacytowanych postanowień zawartych w umowach o współpracy nie budzi wątpliwości. W kontekście jasnej, niebudzącej wątpliwości treści oświadczeń, które zostały złożone poprzez podpisanie umów o współpracy zawierających ww. postanowienia, domniemywanie odmiennych intencji niż ustalenie minimalnych cen odsprzedaży jest nieuzasadnione²¹.

Zawarte między DHO a Dabkomp porozumienie dotyczy cen wskazanych przez producentów oprogramowania, od których to DHO nabywa oprogramowanie, a następnie sprzedaje Dabkomp jako dystrybutor hurtowy. Na mocy wiążącej DHO i Dabkomp umowy można stwierdzić, że Dabkomp był zobligowany do stosowania sztywnych oraz minimalnych cen wyznaczonych przez producentów oprogramowania. Należy zatem przyjąć, zgodnie z ich literalnym brzmieniem, iż w umowie Partnera Handlowego DHO z 5.07.2000 r. zawartej pomiędzy DHO oraz Dabkomp, został ustalony obowiązek stosowania polityki handlowej i cenowej ustalonej przez producentów oprogramowania, w tym sztywnych i minimalnych cen odsprzedaży. Ceny sztywne miały być stosowane przez partnera handlowego w oparciu o informacje pisemne i cenniki otrzymywane przez DHO w formie drukowanej lub na nośnikach magnetycznych i komputerowych

Porozumienia wertykalne, których treścią jest ustalenie cen minimalnych lub sztywnych są powszechnie uważane za porozumienia, których obiektywnym celem jest ograniczenie

²¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 02.03.2009 sygn. akt XVII Ama 42/08.

konkurencji. Cenowe porozumienia wertykalne były wielokrotnie przedmiotem działań Prezesa Urzędu²², a także Komisji Europejskiej²³.

Podkreślić należy, iż przy ocenie, czy celem porozumienia było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym **nie ma znaczenia rzeczywisty zamiar stron i cel umowy**. Nie jest w tym zakresie zasadne powoływanie się przez strony na to, iż ich zamiarem nigdy nie było zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję, a umowa została zawarta na podstawie wzorca pochodzącego z internetu. Jak wskazano wyżej, antykonkurencyjny przedmiot porozumienia istnieje bowiem obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania uczestników porozumienia o celu, który przyświecał przystąpieniu do porozumienia. Przesłankę antykonkurencyjnego celu spełnia również takie porozumienie, które w zamierzeniach stron nie było ukierunkowane na ograniczenie konkurencji, jednak w rzeczywistości taki właśnie skutek zaistniał. Dla oceny legalności zachowania przedsiębiorców nie ma zatem znaczenia, czy ich subiektywnym celem było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym²⁴.

4.4 Stosowanie praktyki

DHO i Dabkomp zawarli umowę Partnera Handlowego w dniu 5 lipca 2000 r. przez co stali się uczestnikami porozumienia ograniczającego konkurencję. Pomimo zmiany przez DHO w 2011 r. wzoru umowy partnera handlowego, według którego zawierane są obecnie umowy z dystrybutorami produktów sprzedawanych przez DHO, umowa pomiędzy DHO a Dabkomp nie została zmieniona i w dalszym ciągu obowiązuje w niezmienionej postaci.

Zebrane w toku postępowania dowody nie pozwalają na stwierdzenie, że strony niniejszego postępowania wykonywały kwestionowane postanowienia § 2 pkt 8 i § 4 ust. 6 w praktyce. Dabkomp nie otrzymywał od DHO wytycznych w zakresie ustalonej przez producentów oprogramowania polityki handlowej oraz cenowej, w tym nie otrzymywał informacji o wyznaczonych przez tych producentów cenach sztywnych lub minimalnych. Jak wskazał Dabkomp, prowadził on własną politykę cenową opierając się jedynie w niektórych przypadkach o ceny sugerowane wskazane przez producentów oprogramowania.

Podkreślić jednakże należy, iż naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję może nastąpić przez zawarcie porozumienia, którego przedmiotem było ograniczenie konkurencji, niezależnie od tego, czy porozumienie to wywołało jakiegokolwiek skutki na rynku. Brak zdystansowania się stron porozumienia od zawartej umowy stanowiącej wyraz porozumienia, nawet w przypadku braku jej stosowania w praktyce powoduje, że strony w dalszym ciągu są rzeczywistymi uczestnikami porozumienia.

Dla uznania konkretnego działania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywołało skutki na rynku. **Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków** będących przejawem ograniczenia konkurencji²⁵. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolistycznej (...). Z treści art. 1 ust. 2 ustawy wynika bowiem, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki monopolistyczne ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również

²² Decyzja DOK-107/2006 z 18.09.2006; Decyzja RWR-20/2007 z 29.06.2007; Decyzja RKT-79/2007 z 31.12.2007; Decyzja RPZ-50/2008 z 30.12.2008; Decyzja RKT-109/2008 z 31.12.2008; Decyzja RKT-35/2009 z 08.12.2009; Decyzja RKT-44/2009 z 30.12.2009; Decyzja RPZ-31/2009 z 31.12.2009 r.

²³ *Deutsche Philips* OJ [1973] L 293/40, [1973] CMLR D241; *Gerofabrieke* OJ [1977] L 16/8, [1977] 1 CMLR D35; *Hennessey/Henkel* OJ [1980] L 383/11, [1981] 1 CMLR 601; *Novalliance/Systemform* OJ [1997] L 47/11, [1997] 4 CMLR 876; *Nathan-Baricolux* OJ [2001] L 54/1, [2001] 4 CMLR 1122; *JCB* OJ [2002] L 69/1, [2002] 4 CMLR 1458.

²⁴ A. Jurkowska [w:] red. T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 6 Nb 25; C. Banasiński, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 188.

praktyki, które choćby tylko hipotetycznie, mogą wywoływać takie skutki.”²⁵

Konstatując zważyć należy, iż już poprzez samo zawarcie porozumienia, którego przedmiotem (obiektywnym celem) było ograniczenie konkurencji poprzez zobowiązanie partnera handlowego do stosowania wyznaczonych przez producentów oprogramowania cen sztywnych lub minimalnych, strony naruszyły zakaz określony w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. **Fakt nie stosowania się stron do treści zawartego porozumienia nie ma wpływu na bezprawny charakter zawartego porozumienia.**

Zgodnie z art. 11 ust. 3 u.o.k.k., na przedsiębiorcy ciąży obowiązek wykazania, że zaniechał on stosowania praktyki naruszającej zakaz określony w art. 6 ustawy. Strony niniejszego postępowania nie przedstawiły żadnych dowodów wskazujących, iż podjęły one jakiegokolwiek działania zmierzające do zmiany stosowanej praktyki. W szczególności nadal obowiązują postanowienia umowy partnera handlowego DHO zobowiązujące Dabkomp do stosowania wskazanej przez producentów oprogramowania polityki handlowej oraz cenowej, w tym cen sztywnych oraz minimalnych.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. zawarcie pomiędzy DHO oraz Dabkomp porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dystrybucji oprogramowania polegającego na ustaleniu w umowie partnera handlowego obowiązku stosowania przy sprzedaży oprogramowania określonej polityki handlowej oraz cenowej, w tym cen sztywnych i minimalnych

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

5. 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 u.o.k.k. w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 u.o.k.k.

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny. Zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Zwrócić należy uwagę, że przepisy u.o.k.k. nie określają jakichkolwiek przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.

Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 u.o.k.k., Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 u.o.k.k.).

Ponadto 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 osiągnąć²⁶.

²⁵ Wyrok SOKiK z dnia 7 lipca 2004 r. sygn. akt XVII Ama 65/03.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy i stopień naruszenia interesu publicznoprawnego Prezes Urzędu uznał za uzasadnione i celowe nałożenie na strony niniejszego postępowania kary pieniężnej za naruszenie zakazu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.

W 2010 r. przychód DHO wyniósł (...) **zł**. Maksymalna kara pieniężna, która mogła zostać nałożona na przedsiębiorcę za naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. wynosi zatem (...) **zł**. Przychód Dabkomp w 2010 r. wyniósł (...) **zł**. Maksymalna kara pieniężna, która mogła zostać nałożona na przedsiębiorcę za naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. wynosi zatem (...) **zł**.

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

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

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte przez DHO i Dabkomp porozumienie zakwalifikować należy do drugiej kategorii - naruszeń poważnych albowiem jest to porozumienie pionowe wpływające na ostateczną cenę towarów. W związku z powyższym kwotę wyjściową ustalono na poziomie (...) % przychodu tj. w kwocie (...) **zł** dla DHO oraz w kwocie (...) **zł** dla Dabkomp.

5.1. DHO

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca.

W szczególności, Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż na krajowym rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego nie występują znaczące bariery wejścia na rynek oraz iż jest to rynek bardzo konkurencyjny. Na rynku tym działają liczni przedsiębiorcy, a udział przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu jest bardzo niewielki. Dokonując analizy okoliczności dotyczących specyfiki rynku oraz działalności przedsiębiorcy, Prezes Urzędu wziął także pod uwagę fakt, iż postępowanie dowodowe nie wykazało, by DHO faktycznie wprowadził w życie kwestionowane postanowienia.

W związku z powyższym, mając na uwadze charakterystykę rynku, na którym doszło do zawarcia porozumienia oraz specyfikę działalności przedsiębiorcy, Prezes Urzędu postanowił kwotę wyjściową obniżyć o (...) % tj. do kwoty (...) **zł**.

Prezes Urzędu wziął także pod uwagę okoliczności związane z długotrwałością naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Porozumienie ograniczające konkurencję zostało zawarte pomiędzy DHO a Dabkomp w dniu 5 lipca 2000 r. co przemawiałoby za uznaniem, iż praktyka ma charakter długotrwały. Prezes Urzędu uwzględnił jednak fakt, iż prowadzone postępowanie nie dostarczyło dowodów, które przemawiałyby za

uznaniem, iż postanowienie to było wykonywane w praktyce i wywołało rzeczywiste skutki w postaci ograniczenia swobody Dabkomp w kształtowaniu cen na sprzedawane oprogramowanie. Ponieważ długotrwałość naruszenia mającego jedynie zdolność do wywołania potencjalnych skutków antykonkurencyjnych nie wpływa na zwiększenie szkód wywołanych przez to porozumienie, Prezes Urzędu postanowił nie zwiększać kary wyliczonej na poprzednim etapie z uwagi na długotrwałość naruszenia.

W dalszym etapie kalkulacji kary Prezes Urzędu rozważył, czy w sprawie występują okoliczności łagodzące lub obciążające oraz ocenił, jakie powinny mieć wpływ na wysokość kary.

W ocenie Prezesa Urzędu, za okoliczność obciążającą DHO należy uznać rolę inicjatora, lidera zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Abstrahując od źródła, na podstawie którego opracowany został wzór umowy partner handlowego DHO, według którego została zawarta umowa z Dabkomp, podkreślić należy, iż umowa z dnia 5 lipca 2000 r. została sporządzona przez DHO, który umieścił w tym wzorcu kwestionowane postanowienia. Mając na uwadze powyższe oraz rolę DHO jako inicjatora zawarcia kwestionowanego porozumienia, Prezes Urzędu postanowił wysokość kary pieniężnej wyliczonej na poprzednim etapie zwiększyć o (...) % tj. do kwoty: (...) **zł**.

Biorąc pod uwagę powyższe, kara pieniężna dla DHO za naruszenie zakazu stosowania praktyki określonej w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. ustalona została w wysokości **1.939,00 zł**, co stanowi ok. (...) % przychodu osiągniętego przez Przedsiębiorcę w 2010r. oraz (...) % **maksymalnego wymiaru kary**.

Zdaniem Prezesa Urzędu, kara w tej wysokości jest adekwatna do stopnia, okresu oraz okoliczności naruszenia przez DHO przepisów u.o.k.k. Pełni ona przede wszystkim rolę prewencyjną, mając na celu zapobieżenie ponownym naruszeniom przepisów ustawy i stanowi adekwatną dolegliwość finansową za stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję.

5.2 Dabkomp

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca.

W szczególności, Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż na krajowym rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego nie występują znaczące bariery wejścia na rynek oraz iż jest to rynek bardzo konkurencyjny. Na rynku tym działają liczni przedsiębiorcy, a udział przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu jest bardzo niewielki. Dokonując analizy okoliczności dotyczących specyfiki rynku oraz działalności przedsiębiorcy, Prezes Urzędu wziął także pod uwagę fakt, postępowanie dowodowe nie wykazało, by Dabkomp faktycznie wprowadził w życie kwestionowane postanowienia.

W związku z powyższym, mając na uwadze charakterystykę rynku, na którym doszło do zawarcia porozumienia oraz specyfikę działalności przedsiębiorcy, Prezes Urzędu postanowił kwotę wyjściową obniżyć o (...) % tj. do kwoty (...) **zł**.

Prezes Urzędu wziął także pod uwagę okoliczności związane z długotrwałością naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Porozumienie ograniczające konkurencję zostało zawarte pomiędzy DHO a Dabkomp w dniu 5 lipca 2000 r. co przemawiałoby za uznaniem, iż praktyka ma charakter długotrwały. Prezes Urzędu uwzględnił jednak fakt, iż prowadzone postępowanie nie dostarczyło dowodów, które przemawiałyby za uznaniem, iż postanowienie to było wykonywane w praktyce i wywołało rzeczywiste skutki w postaci ograniczenia swobody Dabkomp w kształtowaniu cen na sprzedawane oprogramowanie. Ponieważ długotrwałość naruszenia mającego jedynie zdolność do wywołania potencjalnych skutków antykonkurencyjnych nie wpływa na zwiększenie szkód wywołanych przez to

porozumienie, Prezes Urzędu postanowił nie zwiększać kary wyliczonej na poprzednim etapie z uwagi na długotrwałość naruszenia.

W dalszym etapie kalkulacji kary Prezes Urzędu rozważył, czy w sprawie występują okoliczności łagodzące lub obciążające oraz ocenił, jakie powinny mieć wpływ na wysokość kary. W ocenie Prezesa Urzędu, w sprawie nie występują okoliczności obciążające (np. uprzednie naruszenie przepisów ustawy, umyślność naruszenia), jak też łagodzące (np. współpracowała z Prezesem Urzędu w toku postępowania, czy też zaniechanie praktyki). W związku z powyższym postanowiono nie zmieniać wysokości kary pieniężnej ustalonej dla Dabkomp na poprzednich etapach.

Biorąc pod uwagę powyższe, kara pieniężna dla Dabkomp za naruszenie zakazu stosowania praktyki określonej w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. ustalona została w wysokości **1.490,00 zł**, co stanowi mniej niż (...)% przychodu osiągniętego przez Przedsiębiorcę w 2010r. oraz niecały (...)% **maksymalnego wymiaru kary**.

Zdaniem Prezesa Urzędu, kara w tej wysokości jest adekwatna do stopnia, okresu oraz okoliczności naruszenia przez DHO przepisów u.o.k.k. Pełni ona przede wszystkim rolę prewencyjną, mając na celu zapobieżenie ponownym naruszeniom przepisów ustawy i stanowi adekwatną dolegliwość finansową za stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w pkt II i III sentencji..

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 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 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Poznaniu
Jarosław Krüger