



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK-1-410/2/07/MF

Warszawa, dnia lipca 2008 r.

Decyzja Nr DOK - 3/2008

I. Na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, w którego toku uprawdopodobniono, że Xella Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz BIST Białobrzegi, Stykowski Sp. j. z siedzibą w Warszawie, Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, „GEN-BUD” S.A. z siedzibą w Warszawie, Grupa Polskie Składy Budowlane S.A. z siedzibą w Wełeczu, Materiały Budowlane „Wesołek” Spółka z o.o. z siedzibą w Chociczy, „PEAMCO” Materiały Budowlane Jędrzej i Beata Tomczak Sp. J. z siedzibą w Lesznie, Pani Agnieszka Zych – wspólnik PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Pan Sławomir Zych – wspólnik PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Pani Ewa Żur prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Tęcza” Hurtownia Artykułów Budowlanych Ewa Żur z siedzibą w Koszalinie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MATEX” Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna z siedzibą w Wolsztynie, Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zawarli porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu ściennymi materiałami budowlanymi, polegające na ustalaniu minimalnej ceny odsprzedaży ściennych materiałów budowlanych, poprzez umieszczenie w umowach postanowienia zakazującego stosowania niższych cen odsprzedaży produktów od ich cen zakupu u producenta, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku hurtowej sprzedaży ściennych materiałów budowlanych lub lokalnych rynkach sprzedaży detalicznej

ściennych materiałów budowlanych, co narusza art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, oraz po przyjęciu zobowiązania:

- 1) wszystkich stron ww. postępowania do wykreślenia z porozumień o warunkach dostawy materiałów budowlanych, postanowienia zobowiązującego do niestosowania przez nabywców materiałów budowlanych cen niższych niż ceny zakupu tych materiałów do dostawcy,
- 2) Xella Polska Sp. z o.o. do wykreślenia wskazanego w pkt 1) postanowienia ze wszystkich zawartych przez nią porozumień dystrybucyjnych z pozostałymi podmiotami nie będącymi stronami niniejszego postępowania,
- 3) Xella Polska Sp. z o.o. do niestosowania w praktyce zobowiązań na podstawie, których dystrybutorzy byłiby zobligowani do powstrzymania się od stosowania cen niższych od cen zakupu,

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakłada na:

Xella Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, BIST Białobrzegi, Stykowski Sp. j. z siedzibą w Warszawie, Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, „GEN-BUD” S.A. z siedzibą w Warszawie, Grupę Polskie Składy Budowlane S.A. z siedzibą w Wełeczu, Materiały Budowlane „Wesołek” Spółka z o.o. z siedzibą w Chocicz, „PEAMCO” Materiały Budowlane Jędrzej i Beata Tomczak Sp. J. z siedzibą w Lesznie, Panią Agnieszkę Zych – współnika PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Pana Sławomira Zycha – współnika PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Panią Ewę Żur prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Tęcza” Hurtownia Artykułów Budowlanych Ewa Żur z siedzibą w Koszalinie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MATEX” Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna z siedzibą w Wolsztynie, Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, obowiązek wykonania zobowiązań, o których mowa w pkt 1), 2) i 3), w tym zobowiązań o których mowa w pkt 1) i 2) w terminie jednego miesiąca od dnia doręczenia decyzji.

II. Na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na:

Xella Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz BIST Białobrzegi, Stykowski Sp. j. z siedzibą w Warszawie, Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, „GEN-BUD” S.A. z siedzibą w Warszawie, Grupę Polskie Składy Budowlane S.A. z siedzibą w Wełeczu, Materiały Budowlane „Wesołek” Spółka z o.o. z siedzibą w Chociczy, „PEAMCO” Materiały Budowlane Jędrzej i Beata Tomczak Sp. J. z siedzibą w Lesznie, Panią Agnieszkę Zych – współnika PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Pana Sławomira Zycha – współnika PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Panią Ewę Żur prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Tęcza” Hurtownia Artykułów Budowlanych Ewa Żur z siedzibą w Koszalinie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MATEX” Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna z siedzibą w Wolsztynie, Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, obowiązek złożenia sprawozdania:

1. o zrealizowaniu przyjętych w punkcie I 1) decyzji zobowiązań, w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia decyzji, poprzez przekazanie przez Xella Polska Sp. z o.o. Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii umów dystrybucyjnych, zawartych z pozostałymi stronami niniejszego postępowania;
2. o zrealizowaniu przyjętych w punkcie I 2) decyzji zobowiązań, poprzez przekazanie przez Xella Polska Sp. z o.o. Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów listy wszystkich dystrybutorów, z którymi Xella Polska Sp. z o.o. ma podpisane umowy, w terminie jednego miesiąca od dnia doręczenia decyzji, następnie przekazanie potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii umów dystrybucyjnych wskazanych przez Prezesa Urzędu w terminie 14 dni od doręczenia wezwania do przesłania wskazanych w nim umów;
3. o zrealizowaniu przyjętego w pkt I 3) decyzji zobowiązania, poprzez przekazanie Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przez Xella Polska Sp. z o.o. odpowiednio w terminach: do dnia 20 grudnia 2008 r., 20 grudnia 2009 r. oraz 20 grudnia 2010 r. listy wszystkich aktualnych dystrybutorów z którymi Xella Polska Sp. z o.o. ma podpisane umowy,

następnie przekazanie potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii umów dystrybucyjnych wskazanych przez Prezesa Urzędu w terminie 14 dni od doręczenia wezwania do przesłania wskazanych w nim umów.

Uzasadnienie

W dniu 20 grudnia 2007 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej: „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”) wszczął na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Xella Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz BIST Białobrzegi, Stykowski Sp. j. z siedzibą w Warszawie, Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, „GEN-BUD” S.A. z siedzibą w Warszawie, Grupę Polskie Składy Budowlane S.A. z siedzibą w Wełeczu, Materiały Budowlane „Wesołek” Spółka z o.o. z siedzibą w Chociczy, „PEAMCO” Materiały Budowlane Jędrzej i Beata Tomczak Sp. J. z siedzibą w Lesznie, Pana Edwarda Mierzejewskiego – współnika PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Pana Sławomira Zycha – współnika PHU i B Sambud II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, Panią Ewę Żur prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Tęcza” Hurtownia Artykułów Budowlanych Ewa Żur z siedzibą w Koszalinie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MATEX” Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna z siedzibą w Wolsztynie, Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu ściennymi materiałami budowlanymi, polegającego na ustaleniu minimalnej ceny odsprzedaży ściennych materiałów budowlanych, poprzez umieszczenie w umowach postanowienia zakazującego stosowania niższych cen odsprzedaży produktów od ich cen zakupu u producenta, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku hurtowej sprzedaży ściennych materiałów budowlanych lub lokalnych rynkach sprzedaży detalicznej ściennych materiałów budowlanych, co może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Wskazane wyżej postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte w związku z prowadzonym postępowaniem wyjaśniającym w sprawie badania krajowego rynku ściennych materiałów budowlanych, w tym określenia jego struktury i stopnia koncentracji (sygn. akt: DAR-401-04/07/DK), w toku którego ustalono, że w umowach pomiędzy producentem ściennych materiałów budowlanych Xella Polska Sp. z o.o., a jego dziesięcioma największymi odbiorcami istnieje zapis zakazujący odbiorcy stosowania niższych cen odsprzedaży towarów od ich cen zakupu u producenta.

W piśmie z dnia 9 stycznia 2008 r. Pan Edward Mierzejewski zawiadomił organ antymonopolowy, że nie jest już współnikiem spółki PHUiB Sambud II s.c., na dowód czego dołączył decyzję o wykreśleniu z ewidencji działalności gospodarczej z dnia 14 listopada 2007 r. W związku z powyższym w piśmie z dnia 18 stycznia 2008 r. Prezes Urzędu zwrócił się do drugiego współnika PHUiB Sambud II s.c., Pana Sławomira Zycha, o wskazanie aktualnej formy prawnej działalności gospodarczej. W odpowiedzi na wskazane pismo Pan Sławomir Zych przekazał kopie dokumentów na podstawie, których ustalono, że ze spółki wystąpił Pan Edward Mierzejewski, a przystąpiła Pani Agnieszka Zych. Wobec powyższego, decyzją z dnia 28 maja 2008 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, umorzył postępowanie antymonopolowe wobec Pana Edwarda Mierzejewskiego, jako bezprzedmiotowe. Dnia 28 maja 2008 r. Prezes Urzędu wydał postanowienie o zmianie postanowienia z dnia 20 grudnia 2007 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego, na podstawie którego stroną w sprawie stała się Pani Agnieszka Zych – współnik Sambud II s.c.

Ponadto, postanowieniem z dnia 22 lutego 2008 r., zaliczono w poczet materiału dowodowego prowadzonego postępowania, następujące dokumenty:

1. porozumienia z dnia 1 lutego 2007 r. o warunkach dostawy materiałów budowlanych zawarte pomiędzy następującymi przedsiębiorcami: BIST Białobrzegi, Stykowski Sp. j., Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o., „GEN-BUD” S.A., Grupę Polskie Składy Budowlane S.A., Materiały Budowlane „Wesołek” Spółka z o.o., „PEAMCO” Materiały

Budowlane Jędrzej i Beata Tomczak Sp. J., Panią Ewą Żur prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Tęcza” Hurtownia Artykułów Budowlanych Ewa Żur, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MATEX” Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna, Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. a Xella Polska Sp. z o.o., (bez załączników),

2. pismo Xella Polska Sp. z o.o. z dnia 19 czerwca 2007 r. skierowane do Prezesa UOKiK,
3. pismo Xella Polska Sp. z o.o. z dnia 25 października 2007 r. skierowane do Prezesa UOKiK,

uzyskane w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego w sprawie badania krajowego rynku ściennych materiałów budowlanych, w tym określenia jego struktury i stopnia koncentracji (sygn. akt: DAR-401-04/07/DK).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Xella Polska Sp. z o.o., w piśmie z dnia 7 stycznia 2008 r., poinformowała Prezesa Urzędu, że podjęła działania zmierzające do usunięcia § 5 z Porozumień. Do ww. pisma zostały załączone propozycje dziesięciu aneksów, na mocy których zapis § 5 zostałby usunięty.

Dnia 9 kwietnia 2008 r., strony postępowania, na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, złożyły oświadczenia w których zobowiązały się do zmiany Porozumień o warunkach dostawy materiałów budowlanych w ten sposób, że na podstawie aneksu do umów zostanie usunięty §5, zgodnie z którym *„Odbiorca zobowiązuje się nie stosować cen niższych niż ceny zakupu”*. Xella Polska Sp. z o.o. zobowiązała się do aneksowania w ten sam sposób, wszystkich pozostałych umów dystrybucyjnych, zawartych z jej odbiorcami, nie będącymi stroną w toczącym się postępowaniu antymonopolowym. Ponadto, Xella Polska zobowiązała się niestosować w praktyce zapisów zakazujących odsprzedaży produktów poniżej cen nabycia. Wskazane zmiany w Porozumieniach strony

zobowiązały się wprowadzić w terminie miesiąca od doręczenia decyzji Prezesa Urzędu.

**Organ antymonopolowy na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił,
co następuje:**

Strony postępowania

Xella Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – (zwana dalej także: „*Xella Polska*”) wchodzi w skład grupy kapitałowej Franz Haniel & Cie. GmbH z siedzibą w Duisburgu, głównym udziałowcem Xella Polska jest Xella Baustoffe GmbH, posiadająca 99,99 % jej kapitału zakładowego. Powołana spółka działa na krajowym rynku od 2004 r., zajmuje się systemem tzw. białego budownictwa. Spółka jest producentem betonu komórkowego, silikatów oraz płyt gipsowo – włóknowych.

Podmiot ten oferuje beton komórkowy marki Ytong (wytwarzany w Ostrołęce i Sieradzu), a także tak zwany zwykły beton komórkowy (wytwarzany w Powodowie, Pile, Rurce i Miliczu). Silikaty produkowane są pod marką Silka m.in. w Żabince, Hławie, Pasymiu. Xella Polska nie posiada własnej sieci sprzedaży, dystrybucja towarów opiera się na umowach zawartych z niezależnymi dystrybutorami materiałów budowlanych.

Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – (zwana dalej także: „*Saint-Gobain*”), podmiot ten powstał w 2004 r., w wyniku połączenia Raab Karcher Materiały Budowlane Sp. z o.o. oraz La Plateforme Polska Sp. z o.o. Prowadzi sprzedaż materiałów budowlanych za pośrednictwem sieci hurtowni Raab Karcher i Platforma (marki handlowe spółki). Raab Karcher jest siecią hurtowni materiałów budowlanych zajmujących się kompleksowym zaopatrywaniem inwestycji. Platforma prowadzi hurtownie typu *cash&carry*, przeznaczone są one dla profesjonalistów (rzemieślników, firm remontowo-budowlanych) posiadających kartę wstępu. Od 1 września 2007 r. w ramach Saint-Gobain działają także marki Cortina –

zajmująca się dystrybucją płytek ceramicznych oraz PUM Polska – sieć sprzedaży materiałów grzewczych.

Grupa Polskie Składy Budowlane S.A. z siedzibą w Weleczu – (zwana dalej także: „*Grupa PSB*”), zrzesza hurtownie działające w branży budowlanej. Funkcjonują one pod wspólnym logiem Polskich Składów Budowlanych, ale zachowują niezależność. Przedsiębiorcy zjednoczeni pod marką PSB są równocześnie akcjonariuszami tej spółki.

BIST Białobrzegi, Stykowski z siedzibą w Warszawie – przedmiotem działalności spółki jest hurtowa i detaliczna dystrybucja materiałów budowlanych.

Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju – przedmiotem działalności spółki jest m.in. sprzedaż materiałów budowlanych. Spółka należy do grupy Polskie Hurtownie Materiałów Budowlanych.

„GEN-BUD” S.A. z siedzibą w Warszawie – zajmuje się sprzedażą hurtową i detaliczną materiałów budowlanych i wykończeniowych, ponadto zajmuje się obsługą inwestycji budowlanych.

Materiały Budowlane ”Wesołek” z siedzibą w Chociczy – zajmuje się m. in. dystrybucją materiałów budowlanych.

”PEAMCO” Materiały Budowlane Jędrzej i Beata Tomczak Sp. J. z siedzibą w Lesznie – spółka prowadzi m.in. sprzedaż materiałów budowlanych.

Pani Agnieszka Zych i Pan Sławomir Zych – są współnikami spółki PHU i B SAMBUD II s.c. z siedzibą w Ostrołęce, która zajmuje się dystrybucją betonu komórkowego marki Ytong.

Pani Ewa Żur – prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Tęcza” Hurtownia Materiałów Budowlanych Ewa Żur z siedzibą w Koszalinie, przedmiotem działalności przedsiębiorstwa jest prowadzenie hurtowni materiałów budowlanych.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Matex” Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna z siedziba w Wolsztynie – spółka prowadzi detaliczną i hurtową sprzedaż materiałów budowlanych.

Porozumienie

W dniu 1 lutego 2007 r., Xella Polska zawarła z BIST Białobrzesci, Stykowski Sp. j., Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o., „GEN-BUD” S.A., Grupą Polskie Składy Budowlane S.A., Materiały Budowlane „Wesołek” Spółka z o.o., „PEAMCO” Materiały Budowlane Jędrzej i Beata Tomczak Sp. J., Panem Edwardem Mierzejewskim – współnikiem PHU i B Sambud II s.c., Panem Sławomirem Zychem – współnikiem PHU i B Sambud II s.c., Panią Ewą Żur prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Tęcza” Hurtownia Artykułów Budowlanych Ewa Żur, Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „MATEX” Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna, Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o., Porozumienia o warunkach dostawy materiałów budowlanych firmy Xella Polska Sp. z o.o. W umowach tych został umieszczony zapis (§5) zobowiązujący odbiorcę do nie stosowania cen niższych od cen zakupu. W porozumieniu zawartym pomiędzy Xella Polska a Saint-Gobain zapis ten został zmodyfikowany, w ten sposób, że na jego podstawie odbiorca zobowiązał się, nie stosować cen niższych od cen zakupu, [tajemnica Saint Gobain i Xella Polska – załącznik do decyzji].

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

Interes publicznoprawny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do sfery prawa publicznego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ww. ustawy, określa ona *”warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”*. Podstawą do zastosowania przepisów ww. ustawy jest uprzednie stwierdzenie, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Oznacza to, że mechanizmy służące ochronie konkurencji mogą być wykorzystane jedynie wówczas, gdy działania przedsiębiorców naruszałyby interes publicznoprawny, czyli interes dotyczący ogółu, a nie jednostki czy oznaczonej grupy podmiotów.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Antymonopolowego, *„interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany co do swoich wymagań. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego. A zatem, podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny a nie interes prawny jednostki, czy też grupy”¹*.

Publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, że ma ona zastosowanie, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98). Jedynie, w warunkach nieznieszczonej konkurencji, przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Jej istotą jest bowiem współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych

¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00

korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie.

Porozumienie zawarte pomiędzy Xella Polska i jej dziesięcioma największymi dystrybutorami godzi w tak rozumianą konkurencję. Zapis § 5 umów dystrybucyjnych ustanawiał minimalną cenę odsprzedaży towarów. Ustalanie przez przedsiębiorców cen jest uważane za jedno z najpoważniejszych naruszeń konkurencji. Zdaniem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 24 lipca 2003 r. (sygn. akt: I CKN 469/01) najcięższe naruszenie konkurencji, do których zalicza się porozumienie cenowe, zawsze wywołuje niekorzystne działania na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję. Działania te naruszają więc interes ogólnospołeczny.

Ponadto, działania stron niniejszego postępowania uderzają nie tylko w bezpośrednich ich kontrahentów, ale również w odbiorców ostatecznych – konsumentów. W jednym z wyroków wydanych przez Sąd Najwyższy (z dnia 24 lipca 2003 r. sygn. akt I CKN 496/01), sąd ten, wyjaśniając dotychczasowe stanowisko w kwestii naruszenia interesu publicznoprawnego, stwierdził, iż: *„w rozpoznawanej sprawie, przy dokonywaniu oceny czy doszło do naruszenia lub zagrożenia zasady wolnej konkurencji na rynku relewantnym, nie można poprzestać na zbadaniu sytuacji ewentualnego pokrzywdzenia bezpośrednich kontrahentów przedsiębiorcy dominującego na tym rynku. Potrzebne jest tu spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania przedsiębiorstwa odbijają się na interesach członków spółdzielni (konsumentach), a nie tylko jej samej, jako bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa. Ten szerszy kontekst naruszenia interesów także członków spółdzielni, dotkniętych pośrednio działaniem powoda może uzasadniać wniosek, że (...) działania powoda naruszają interes o charakterze ogólniejszym – publicznoprawnym, a nie jak przyjął Sąd Antymonopolowy, odnoszą się najwyżej do interesu grupy konsumentkiej.”*

Uznać zatem należy, iż w niniejszej sprawie naruszony został interes publicznoprawny, co uzasadnia ocenę zachowania tych przedsiębiorców w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynek właściwy w sprawie

Przedmiotem ochrony w świetle ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest konkurencja na rynku. Dlatego też, by ocenić czy doszło do stosowania praktyk ograniczających konkurencję i naruszenia ww. ustawy konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego (relewantnego) w sprawie.

Przez rynek właściwy, stosownie do art. 4 pkt 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, 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.

W ocenie organu antymonopolowego rynkiem, na którym zawarto porozumienie, jest krajowy rynek hurtowego obrotu ściennymi materiałami budowlanymi, a celem lub skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku hurtowej sprzedaży ściennych materiałów budowlanych lub lokalnych rynkach sprzedaży detalicznej materiałów budowlanych.

Rynek produktowy

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

Ustalono, iż rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek ściennych materiałów budowlanych. Do ściennych materiałów budowlanych zaliczamy beton komórkowy oraz silikaty – będące przedmiotem umów dystrybucyjnych zawartych pomiędzy Xella Polska, a jej dystrybutorami. Beton komórkowy (zwykły lub sprzedawany pod marką Ytong) jest kompleksowym systemem budownictwa, stosowanym głównie przy budowie domów jednorodzinnych. Składa się z różnych elementów, które służą do budowy (błoczki różnej szerokości i elementy uzupełniające, takie jak: kształtki „U” i „L”, nadproża, płyty stropowe i wieńcowe i

in.). Beton komórkowy należy do grupy betonów lekkich, wypełniony jest porami tj. przestrzeniami powietrznymi, wykonany z naturalnych składników jak: piasek kwarcowy, spoiwo cementowe i wapienne, a także środek porotwórczy. Generalną zasadą jest, że większa liczba przestrzeni powietrznych oznacza lepszy poziom izolacji, ale słabszą nośność. Budynek wybudowany w tym systemie, co do zasady nie wymaga ocieplenia, wystarczy sam tynk. Istotne parametry betonu komórkowego to: termoizolacyjność, łatwość obróbki, wielkość bloków, ich niewielka waga i łatwość montażu. Silikaty (marka Silka) są całościowym systemem budownictwa, składającym się z bloczków wapienno-piaskowych tzw. silikatów (replika piaskowca). Silikaty są powszechnie stosowane w budownictwie do wznoszenia ścian konstrukcyjnych i ścianek działowych, a także z uwagi na swą znaczną ognioodporność, ścian o podwyższonej ogniotrwałości, przewodów kominowych i kominów. W systemie silikatowym konieczne jest dodatkowe ocieplenie, dlatego pomimo, że silikaty są tańsze od betonu komórkowego, to całkowity koszt budowy jest zbliżony. Istotne parametry silikatów to: izolacyjność akustyczna i wytrzymałość. Ponadto, zgodnie z dotychczasowymi decyzjami Prezesa Urzędu substytucyjnie wobec ww. materiałów są również ściennie materiały ceramiczne (wytrzymałe, termoizolacyjne) oraz keramzytobeton (ma właściwości pośrednie między betonem komórkowym, od którego jest chłodniejszy, a cegłą ceramiczną, od której jest cieplejszy)².

Wybór konkretnego rodzaju materiałów budowlanych zależy od preferencji inwestorów oraz typu i zakładanego tempa prowadzonej inwestycji. Ceny zależą od materiału, z którego zostały wykonane. Należy jednak podkreślić, że użycie tańszych materiałów, przeważnie o gorszych parametrach, powoduje konieczność ponoszenia dodatkowych nakładów na materiały poprawiające jakość wznoszonych ścian.

Uczestnikami tego rynku w rozpatrywanej sprawie po stronie podażowej jest producent silikatów i betonu komórkowego, zaś po stronie popytowej przedsiębiorcy zajmujący się hurtowym lub detalicznym obrotem tym asortymentem.

Organ antymonopolowy stoi ponadto na stanowisku, iż w każdej sprawie rynek właściwy powinien być określany indywidualnie, w zależności od charakteru sprawy. Wskazane informacje przemawiają za przyjęciem w przedmiotowej sprawie szerszej

² Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK 72/05 z dnia 13 lipca 2005 r.

definicji rynku właściwego, nie ograniczając jego zakresu do poszczególnych produktów. Również analiza orzecznictwa Komisji Europejskiej wskazującego na konieczność uwzględnienia w analizowanym stanie faktycznym szczebla obrotu, którego dotyczy zarzucany czyn, uzasadnia szersze spojrzenie na badane rynki. 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.

Podobnie w kwestii określenia rynku właściwego wypowiedział się Prezes Urzędu w decyzji, w której uznał, iż rynek właściwy – ze względu na szczebel obrotu, którego dotyczyła zarzucana przedsiębiorcy praktyka – stanowiła dystrybucja kotłów grzewczych, mimo że z punktu widzenia finalnego odbiorcy rynek ten mógłby podlegać dalszej segmentacji⁴.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przy określaniu rynku należy m.in., obok towaru na nim oferowanego wziąć pod uwagę szczebel obrotu towarowego (zbyt, hurt, detal)⁵. Ustalenie minimalnej ceny odsprzedaży odbyło się na szczeblu hurtowym – pomiędzy producentem (Xella Polska), a dystrybutorami, z których każdy w hurcie nabywa towary od Xella Polska. Towary te następnie zbywane są na poziomie hurtowym (np.: Grupa PSB) bądź detalicznym np.: lokalne składy budowlane. Dlatego też, w przedmiotowym postępowaniu stwierdzono, że porozumienie zawarto na rynku hurtowego obrotu materiałami budowlanymi, a ograniczenie konkurencji może nastąpić na rynku hurtowej sprzedaży ściennych materiałów budowlanych lub na rynku sprzedaży detalicznej ww. materiałów.

Rynek geograficzny

Rynkiem geograficznym jest obszar, na którym warunki konkurencji, dotyczące danego towaru, są dostatecznie jednorodne i który można odróżnić od obszarów

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

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

sąsiadujących przez wzgląd na odmienne warunki prowadzenia działalności oferowane przedsiębiorcom. Na wielkość rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ naturalne cechy badanego towaru. Te bowiem bezpośrednio oddziałują na charakter jego transportu oraz udział kosztów transportu w jego cenie końcowej. Na granice rynku geograficznego mogą mieć także wpływ czynniki natury prawnej, w szczególności wszelkiego rodzaju bariery dostępu do rynku, cła czy istotne różnice podatkowe.

Porozumienie zostało zawarte na szczeblu obrotu krajowego. Producent, Xella Polska, jest właścicielem sześciu zakładów produkujących beton komórkowy i ośmiu zakładów produkujących silikaty. Prowadzi swoją działalność za pomocą zakładów produkcyjnych obecnych w całym kraju i tym samym ma możliwość zaopatrywania dystrybutorów z różnych części Polski. Przy ustalaniu obszaru stanowiącego rynek geograficzny należy wziąć pod uwagę koszty transportu. Transport materiałów budowlanych odbywa się przede wszystkim za pomocą komunikacji lądowej. Zdaniem Prezesa Urzędu, maksymalna odległość realizowania dostaw materiałów ściennych wynosi ok. 200 kilometrów, co wynika ze znacznego kosztu transportu w porównaniu z wartością produkcji⁶. Xella Polska posiada swoje zakłady produkcyjne na terenie całego kraju, co daje jej możliwość zaopatrywania dystrybutorów w całej Polsce. Ponadto, za określeniem rynku jako krajowego przemawia podobny poziom cen materiałów ściennych na terenie Polski.

Dystrybucja i sprzedaż betonu komórkowego i silikatów odbywa się bądź poprzez sieć dystrybutorów (np.: Grupa PSB), bądź poprzez indywidualnych odbiorców prowadzących lokalne składy budowlane. Dlatego też, Prezes Urzędu uznał, że celem lub skutkiem zawartego porozumienia jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku hurtowej sprzedaży ściennych materiałów budowlanych lub na lokalnych rynkach sprzedaży detalicznej ww. materiałów.

Podsumowując powyższe rozważania, Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek hurtowego obrotu ściennymi materiałami

⁶ Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK 72/05 z dnia 13 lipca 2005 r.

budowlanymi, na którym zawarto porozumienie, natomiast celem lub skutkiem ww. porozumienia jest ograniczenie konkurencji na krajowym rynku hurtowej sprzedaży ściennych materiałów budowlanych lub lokalnych rynkach sprzedaży detalicznej ściennych materiałów budowlanych.

Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, fakt naruszenia zakazu o którym mowa w art. 6 ww. ustawy wymaga jedynie uprawdopodobnienia, a nie udowodnienia. Oznacza to, że postępowanie dowodowe – również w zakresie dotyczącym wyznaczenia rynku właściwego – nie musi być przeprowadzone w takim samym zakresie jak w przypadku postępowania poprzedzającego wydanie decyzji na podstawie przepisów art. 10 lub 11 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. W niniejszym postępowaniu, rynek właściwy wyznaczony został na wstępnym etapie postępowania, możliwe więc, że po przeprowadzeniu pełnego postępowania dowodowego definicja rynku właściwego w sprawie uległby zmianie. Nie ma to jednak wpływu na treść decyzji ponieważ, w świetle wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 lutego 2007 r. (sygn. akt: XVII Ama 98/06), w przypadku zakazanych porozumień, określenie rynku właściwego i udziału w nim porozumiewających się podmiotów ma znaczenie drugorzędne, wpływające na treść zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 wyłącznie w przypadku określonym w art. 7 ust. 1 ww. ustawy (tzw. porozumień bagatelnych). Porozumienie zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania ma charakter porozumienia cenowego i w związku z tym nie podlega wyłączeniu ani na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (art. 7 ust. 2 wskazanej ustawy), ani na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. *w sprawie wyłączeń niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję* (Dz. U. z 2007 r., Nr 230, poz. 1691) – § 7 pkt 1 rozporządzenia.

Uprawdopodobnienie naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zgodnie treścią art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do wydania przez organ antymonopolowy decyzji zobowiązującej niezbędne jest uprawdopodobnienie – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu – że został naruszony zakaz o którym mowa w art. 6 lub 9 ww. ustawy.

Podkreślić zatem należy, że dla wydania tzw. decyzji zobowiązującej wystarczy uprawdopodobnić w toku postępowania antymonopolowego naruszenie zakazu wynikającego z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie ma natomiast konieczności udowodnienia naruszenia przepisów ustawy, a w związku z tym przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego. Różnica pomiędzy tymi dwoma instytucjami polega na tym, że uprawdopodobnienie nie daje pewności, lecz jedynie prawdopodobieństwo twierdzenia o jakimś fakcie. Należy wskazać, że uprawdopodobnienie zwolnione jest od zwykłego formalizmu dowodowego.

W wyroku z dnia 5 maja 1995 r. (sygn. akt: S.A./Wr 2223/94) Naczelny Sąd Administracyjny orzekł, że *„uprawdopodobnienie stanowi środek zastępczy dowodu w znaczeniu ścisłym, a zatem środek nie dający pewności, lecz tylko wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o jakimś fakcie [...] Chodzi nie o przeprowadzenie dowodu na okoliczność podnoszonych przez Wnioskodawcę zarzutów, lecz o wskazanie okoliczności wystarczających dla powzięcia przekonania o prawdopodobieństwie zaistnienia podnoszonych okoliczności”*. Takie samo stanowisko zajęła doktryna. E. Iserzon w komentarzu do kodeksu postępowania administracyjnego podniósł, że *„udowodnienie czyni istnienie pewnego faktu pewnym, uprawdopodobnienie – tylko prawdopodobnym. Udowodnienie służy celowi przekonania organu orzekającego o prawidłowości pewnego twierdzenia, uprawdopodobnienie służy celowi obudzenia w organie orzekającym ufności w to, że pewne twierdzenie odpowiada prawdzie. (...) Uprawdopodobnienie jest to czynność procesowa stwarzająca w świadomości organu*

orzekającego mniejszy lub większy stopień przekonania o prawdopodobieństwie jakiegoś faktu⁷”.

W niniejszej sprawie strony złożyły swoje zobowiązania do podjęcia lub zaniechania określonych działań już w początkowej fazie postępowania dowodowego, co pozwoliło, po dokonaniu analizy zgromadzonego materiału dowodowego, na jego zakończenie na wczesnym etapie. Oznacza to, że nie zostało przeprowadzone pełne postępowanie dowodowe, a jedynie w stopniu umożliwiającym uprawdopodobnienie naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Przedmiotowe postępowanie antymonopolowe dotyczy zachowania rynkowego przedsiębiorców, które kwalifikowane jest jako porozumienie pionowe, tj. zawarte między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu. Stronom postępowania postawiony został zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na ustalaniu minimalnej ceny odsprzedaży materiałów budowlanych. W umowach przekazanych Prezesowi Urzędu, w ramach postępowania wyjaśniającego w sprawie badania krajowego rynku ściennych materiałów budowlanych, znajdował się zapis zgodnie z którym odbiorca zobowiązał się nie stosować cen (odsprzedaży) niższych niż ceny zakupu.

Paragraf piąty Porozumienia wskazuje, że została wyznaczona minimalna cena odsprzedaży, a nieprzestrzeganie tego postanowienia przez odbiorców mogło wiązać się z negatywnymi konsekwencjami. Paragraf 13 ust. 3 Porozumienia przyznaje Xella Polska **[tajemnica przedsiębiorcy – wszystkich stron postępowania]**.

Kwestionowane postanowienie ustala cenę minimalną odsprzedaży materiałów budowlanych, czyli cenę poniżej której nie można odsprzedać zakupionego od producenta towaru. Należy w tym miejscu wskazać, że pojęcie ceny minimalnej nie jest tożsame z pojęciem ceny sztywnej. Cena sztywna, to cena ani poniżej ani powyżej której nie można dokonać sprzedaży (cena na stałym, określonym poziomie).

⁷ E. Iserzon (w:) E. Iserzon, J. Starościak, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz., wydanie IV, Warszawa 1970

Stosownie do treści art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków sprzedaży lub zakupu towarów. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 ww. ustawy zakazu o którym mowa w art. 6, nie stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział posiadany w rynku, przez któregokolwiek z nich, w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 %. Niemniej jednak powyższego wyłączenia nie stosuje się do tzw. porozumień cenowych (art. 7 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*), z jakimi mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Należy również wskazać, że porozumienia ustalające ceny nie podlegają wyłączeniu na podstawie § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. *w sprawie wyłączeń niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*. Zastosowanie wyłączenia spod zakazu z art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jest wyłączone na podstawie § 7 pkt 1 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym wyłączenia 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.

Podobne rozwiązanie obowiązuje również na gruncie prawa wspólnotowego, zgodnie z art. 4 ust. 1 Rozporządzenia Komisji Europejskiej (WE) Nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. *w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych* (Dz. Urz. L 336/21 z 29.12.1999 r.), nie stosuje się wyłączenia porozumienia wertykalnego spod generalnego zakazu porozumień antykonkurencyjnych, jeżeli ma ono na celu ograniczenie uprawnienia kupującego do ustalania jego cen sprzedaży, nie naruszając możliwości narzucania przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecanej ceny sprzedaży, pod

warunkiem że nie są one równe ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży wynikającą z nacisku lub bodźców stwarzanych przez strony.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przez porozumienie rozumie się m.in. umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów. Dla zaistnienia umowy w obrocie gospodarczym konieczne jest złożenie przez strony zgodnego oświadczenia woli, przy czym możliwe jest dokonanie tego w dowolnej formie. Xella Polska Sp. z o.o. zawarła dwustronne, pisemne umowy dostawy materiałów budowlanych z pozostałymi stronami postępowania. Paragraf 5 wspomnianych umów przewidywał, że „Odbiorca zobowiązuje się nie stosować cen niższych od cen zakupu”. W umowie zawartej pomiędzy Xella Polska a Saint-Gobain, w drodze negocjacji, § 5 otrzymał brzmienie „Odbiorca zobowiązuje się nie stosować cen niższych od cen zakupu, **[tajemnica Saint Gobain i Xella Polska – załącznik do decyzji]**”. Jednakże, zdaniem Prezesa Urzędu, nie zmienia to antykonkurencyjnego charakteru tego zapisu. Umowy dostawy towarów zostały przez wszystkich uczestników postępowania podpisane, co oznacza, że doszło do złożenia zgodnych oświadczeń woli i umowy wiązały strony. Oznacza to, że zawarte w umowach, postanowienie (§5) zobowiązujące odbiorcę do nie stosowania cen odsprzedaży niższych od cen zakupu, stanowi porozumienie w rozumieniu ww. przepisu prawnego.

Ponadto zgodnie z art. 12 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, uprawdopodobnienia wymaga fakt, iż porozumienie **ma na celu lub skutkuje** wyeliminowaniem, ograniczeniem lub naruszeniem w inny sposób konkurencji na rynku. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że wystarczy, uprawdopodobnić wystąpienie tylko jednej z wymienionych wyżej przesłanek (cel/skutek).

Cel porozumienia można określić jako wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Dla określenia celu porozumienia

podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wypływa zatem z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji⁸. Ponadto, nie ma znaczenia czy cel w postaci ograniczenia konkurencji został osiągnięty, wystarczy wykazanie, że strony porozumienia stawiają sobie taki cel.

Odnosząc się do negatywnego skutku zachowania się przedsiębiorców Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził w swoim orzeczeniu, że „*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 konkurencji*”⁹. W innym wyroku z dnia 7 lipca 2007 r., sąd ten stwierdził, że reżimowi ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* podlegają nie tylko praktyki monopolistyczne ograniczające konkurencję, ale też takie, które tylko hipotetycznie mogą wywołać takie skutki¹⁰. W nawiązaniu do przytoczonych wyroków należy stwierdzić, że nie jest konieczne żeby nastąpił skutek porozumienia ograniczającego konkurencję, wystarczającym jest fakt powstania tego porozumienia, bowiem ono samo w sobie jest zabronione¹¹.

Zakazem z art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* objęte są także porozumienia, które faktycznie wywołały lub mogą wywołać skutek w postaci ograniczenia konkurencji, zatem bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców zamiaru ograniczenia konkurencji¹².

W świetle ustawy antymonopolowej zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. Doświadczenie uczy, iż profesjonalni uczestnicy rynku – jakimi niewątpliwie są strony postępowania, zawierający porozumienie ograniczające konkurencję, dobrze znają

⁸ T. Skoczny, W. Springer, Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996 r.

⁹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. akt: XVII Ama 32/98

¹⁰ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. akt: XVII Ama 65/03

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt: 40/02

¹² K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2008 r.

rynek i swoje możliwości wpływania na niego. Toteż już samo udowodnienie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję winno powodować uznanie tej czynności za bezprawną¹³.

W nawiązaniu do powyższego należy stwierdzić, że na podstawie przeprowadzonego w ograniczonym zakresie postępowania dowodowego nie można wykazać (udowodnić), że porozumienie **miało na celu lub skutkowało** wyeliminowaniem, ograniczeniem lub naruszeniem w inny sposób konkurencji na rynku, jednakże w opinii organu antymonopolowego fakt ten został uprawdopodobniony.

Porozumienie cenowe uznawane jest w doktrynie prawa za najcięższe naruszenie prawa konkurencji. Cena jest elementem, który najbardziej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami a jednocześnie wpływa na wybór ofert przez konsumentów¹⁴. Jak zauważył Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Metro v. Komisja* „swoboda kształtowania cen na rynku jest jednym z najistotniejszych aspektów konkurencji niezakłóconej, a każde niedozwolone wywieranie wpływu na sposób ustalania cen podlega zakazowi”¹⁵.

Ponadto, w decyzji w sprawie *Yamaha* Komisja Europejska stwierdziła, że fakt istnienia w danym dokumencie klauzuli ograniczającej bezpośrednio lub pośrednio swobodę dystrybutora do ustalania cen odsprzedaży już samo w sobie może być naruszeniem konkurencji¹⁶.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie wykazano, że doszło do zawarcia porozumienia między Xella Polska i jej dziesięcioma największymi dystrybutorami oraz uprawdopodobniono, że ww. porozumienie może mieć na celu lub skutkować wyeliminowaniem, ograniczeniem lub naruszeniem w inny sposób konkurencji na rynku.

¹³ S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 1996 r.

¹⁴ E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002 r.

¹⁵ Sprawa 26/76 *Metro v. Komisja* [1977] ECR 1875

¹⁶ Decyzja w sprawie *Yamaha* (COMP/37.975/PO)

**Zobowiązanie przedsiębiorców do podjęcia lub zaniechania określonych działań
zmiierzających do zapobieżenia naruszaniu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy
o ochronie konkurencji i konsumentów**

Artykuł 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że jeżeli przedsiębiorca, któremu zarzucane jest naruszenie przepisów ustawy, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań, zmiierzających do zapobieżenia naruszeniom ww. ustawy, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.

Strony postępowania uznały zasadność zarzutów sformułowanych w postanowieniu o wszczęciu postępowania i pismem z dnia 9 kwietnia 2008 r. złożyły jednakowe oświadczenia, następującej treści:

„Xella Polska zobowiązuje się do aneksowania umów dystrybucyjnych zawartych przez Xella Polska z poszczególnymi Dystrybutorami w ten sposób, że na podstawie aneksu z umowy dystrybucyjnej pomiędzy Xella Polska a Dystrybutorem zostanie usunięty § 5, zgodnie z którym Odbiorca zobowiązuje się nie stosować cen niższych niż ceny zakupu. Każdy z dystrybutorów zobowiązuje się do aneksowania umowy dystrybucyjnej zawartej przez siebie z Xella Polska, w ten sposób, że na podstawie aneksu z umowy dystrybucyjnej pomiędzy Xella Polska a danym dystrybutorem zostanie usunięty §5, zgodnie z którym Odbiorca zobowiązuje się nie stosować cen niższych niż ceny zakupu oraz Xella Polska zobowiązuje się do aneksowania wszystkich pozostałych umów zawartych z przedsiębiorcami innymi niż Dystrybutorzy, w ten sposób, że na podstawie aneksu z umowy dystrybucyjnej zostanie usunięta klauzula, zgodnie z którą dany dystrybutor zobowiązuje się nie stosować cen niższych niż ceny zakupu oraz Xella Polska zobowiązuje się do niestosowania w praktyce zobowiązań, na podstawie których dystrybutorzy byliby zobligowani do powstrzymania się od stosowania cen niższych niż ceny zakupu”.

Z uwagi na powyższe, istnieje możliwość skorzystania z instrumentu prawnego przewidzianego w art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponieważ, w toku postępowania antymonopolowego zostało uprawdopodobnione naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, a przedsiębiorcy z własnej inicjatywy podjęli

działania mające na celu eliminację zachowań naruszających przepisy ustawy, celowa i uzasadniona wydaje się być akceptacja złożonych przez strony postępowania zobowiązań. Zważyć należy, że w niniejszej sprawie przedsiębiorcy (strony postępowania) złożyli zobowiązania, których celem było wyeliminowanie naruszeń prawa konkurencji, tuż po wszczęciu postępowania antymonopolowego przez Prezesa UOKiK. Pomimo iż zarzucana w ramach niniejszego postępowania praktyka, została zakwalifikowana jako jedno z najcięższych naruszeń konkurencji (wertykalne porozumienie cenowe) i zasadniczo w tego rodzaju sprawach organ antymonopolowy daleki jest od podejmowania decyzji na podstawie art. 12 ustawy, to z uwagi na specyfikę stanu faktycznego niniejszej sprawy, należało w tym przypadku, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności, wydać decyzję zobowiązującą przedsiębiorców do określonego zachowania się, tj. decyzję na podstawie art. 12 ustawy. Zasadniczą przesłanką uzasadniająca powyższe było samo brzmienie kwestionowanej klauzuli umownej. Klauzula ta, biorąc pod uwagę jej literalne brzmienie, stanowi ustalenie ceny minimalnej odsprzedaży towarów przez dystrybutorów. Należy jednak zważyć, że w warunkach normalnie funkcjonującego rynku, odsprzedaż towarów po cenach niższych niż ceny ich zakupu stanowi zachowanie nieracjonalne z punktu widzenia ekonomicznego i może zaistnieć jedynie marginalne. W praktyce zatem, przedsiębiorcy nabywający towar od dostawcy odsprzedają go po cenach wyższych niż cena zakupu, niezależnie od istnienia, bądź nie zakwestionowanej w niniejszym postępowaniu klauzuli umownej.

Dodatkowo należy stwierdzić, że istnienie przedmiotowej klauzuli w umowach dystrybucyjnych mogłoby mieć charakter antykonkurencyjny w perspektywie długookresowej, jako czynnik hamujący możliwość wywierania nacisku odbiorców na dostawcę w przedmiocie obniżania cen zakupu towarów w hurcie, w szczególności w sytuacji drastycznego spadku popytu na materiały budowlane. Wyeliminowanie kwestionowanej klauzuli z istniejących umów, w sposób szybszy, niż miałyby to miejsce w przypadku wydania decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki, eliminuje powyższe zagrożenie, pozwalając osiągnąć stan rynku zgodny z prawem konkurencji istotnie wcześniej.

Prezes Urzędu dokonał głębokiej analizy zobowiązań złożonych przez strony niniejszego postępowania. Analiza ta wykazała, że są one wystarczające, proporcjonalne i adekwatne, oraz że w sposób nie budzący wątpliwości doprowadzą do wyeliminowania naruszeń konkurencji zarzucanych stronom w niniejszym postępowaniu. Złożone zobowiązania polegają na wykreśleniu z umów dystrybucyjnych jednego z ich postanowień (§ 5). Zobowiązanie do wykreślenia kwestionowanego postanowienia umownego dotyczy zarówno umów łączących strony postępowania, jak też umów łączących Xella Polska Sp. z o.o. z przedsiębiorcami niebędącymi stronami postępowania. Xella polska Sp. z o.o. zobowiązała się również do niestosowania tego rodzaju postanowień umownych w przyszłości. Biorąc pod uwagę specyfikę kwestionowanego postanowienia, o czym wspomniano wyżej, fakt, iż zobowiązania doprowadzą do wyeliminowania tego postanowienia z obrotu gospodarczego, należy przyjąć, że wydanie niniejszej decyzji jest w pełni uzasadnione i doprowadzi do szybszego wyeliminowania uprawdopodobnionego naruszenia prawa konkurencji.

Nadmienić należy, że organ antymonopolowy, w celu skutecznego monitorowania wykonania przyjętych przez spółki zobowiązań, nałożył na nie obowiązki dotyczące informowania o realizowaniu zaproponowanych zobowiązań. Obowiązki te w sposób wystarczający pozwalają na ostateczne sprawdzenie, czy spółki wyeliminują zarzucane naruszenia prawa konkurencji. Organ antymonopolowy zobowiązał Xella Polska Sp. z o.o. do przedłożenia mu listy dystrybutorów, z którymi Xella Polska Sp. z o.o. ma zawarte umowy, a następnie do przedłożenia wskazanych umów z wybranymi z listy dystrybutorami, w celu ustalenia czy umowy te nie zawierają kwestionowanego postanowienia. Zdaniem Prezesa UOKiK, taki obowiązek pozwoli skutecznie sprawdzić, nie dając spółce dowolności w wyborze przesłanych umów, czy kwestionowane postanowienie zostało wykreślone, zarówno z umów zawartych pomiędzy stronami niniejszego postępowania (pkt 1), jak też z umów zawartych pomiędzy Xella Polska Sp. z o.o., a przedsiębiorcami, którzy nie są stronami postępowania (pkt 2). W celu sprawdzenia wykonania zobowiązania, o którym mowa w pkt I 3), decyzji Prezes UOKiK zobowiązał Xella Polska Sp. z o.o. do

działania, o którym mowa powyżej, w sposób periodyczny, tj. do przedkładania obowiązujących umów dystrybucyjnych przez kolejne trzy lata od wydania decyzji.

Na podstawie art. 12 ust. 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia na strony postępowania kary pieniężnej.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 *Kodeksu postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r. nr 43 poz. 296), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwóch tygodni od daty doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

Otrzymują:

1. BIST Białobrzegi Stykowski Sp. j.
ul. Wał Miedzeszyński 373

- 03-994 Warszawa
2. Centrum Zaopatrzenia Budowlanego „Hadex” Sp. z o.o.
ul. Łąkowa 2
44-268 Jastrzębie Zdrój
 3. „GEN-BUD” S.A.
ul. Bartycka 116
00-716 Warszawa
 4. Pan Andrzej Tomaszek
pełnomocnik
Grupy Polskie Składy Budowlane S.A.
Drzewiecki, Tomaszek i Wspólnicy Spółka Jawna
Belvedere Plaza
ul. Belwederska 23
00-761 Warszawa
 5. Materiały Budowlane „Wesołek” Sp. z o.o.
ul. Składowa 14
63-041 Chocicza
 6. PEAMCO Materiały Budowlane Jędrzej i Beata Tomczyk sp. j.
ul. Obronców Lwowa 19
64-100 Leszno
 7. Pani Agnieszka Zych
PHU i B SAMBUD II s.c.
Ul. Kołobrzeska 5
07-410 Ostrołęka
 8. Pan Sławomir Zych
PHU i B SAMBUD II s.c.
ul. Kołobrzeska 5
07-410 Ostrołęka
 9. Pani Ewa Żur
P.P.H.U. „Tęcza” Ewa Żur
Hurtownia Artykułów Budowlanych
ul. Szczecińska 49
75-137 Koszalin
 10. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MATEX”
Z.M.P. Rogoziński Spółka Jawna
ul. Dworcowa 17A
64-200 Wolsztyn
 11. Pan Marek Tadeusiak
pełnomocnik
Saint-Gobain Dystrybucja Budowlana Sp. z o.o.
Kancelaria Adwokacka Prawa Konkurencji
ul. Żurawia 7/9
91-455 Łódź
 12. Pan Krzysztof Kanton
Pani Justyna Michalik
pełnomocnicy
Xella Polska Sp. z o.o.
Sołtysiński i Szlęzak Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów sp. k.
ul. Wawelska 15 B
02-034 Warszawa