



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-410/1/09/MF

Warszawa, dnia 31 grudnia 2010 r.

DECYZJA nr DOK - 11/2010

- I. Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawarcie na krajowym rynku wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich przez:
- Ogrody Polskie sp. z o.o. we Wrocławiu,
 - Green-Land Service sp. z o.o. w Warszawie,
 - „Pest-Ario” spółka jawna W. Nimiro, R. Granas w Legnicy,
 - Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna w Gdańsku,
 - Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „Krokus 2” w Myślenicach,
 - „Res-Gal” sp. z o.o. w Rzeszowie,
 - Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Biabor” Hurtownia Ogrodnicza Tomasz Bortniczuk w Ignatkach,
- porozumienia ograniczającego konkurencję **na krajowym rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodnymi** polegającego na ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży wyrobów ogrodnich kontrahentom poprzez uzgadnianie wysokości cen zawartych w obowiązującym na terenie całego kraju cenniku oraz poprzez uzgadnianie maksymalnej wielkości przyznawanych kontrahentom rabatów **i stwierdza jej zaniechanie z dniem 20 czerwca 2008 r.**

II. Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawarcie na krajowym rynku wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich przez:

- Ogrody Polskie sp. z o.o. we Wrocławiu,
- Green-Land Service sp. z o.o. w Warszawie,
- „Pest-Ario” spółka jawna W. Nimiro, R. Granas w Legnicy,
- Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna w Gdańsku,
- Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „Krokus 2” w Myślenicach,
- „Res-Gal” sp. z o.o. w Rzeszowie,
- Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Biabor” Hurtownia Ogrodnicza Tomasz Bortniczuk w Ignatkach,

porozumienia ograniczającego konkurencję **na krajowym rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodnymi** polegającego na podziale rynku poprzez: **(a)** ustalenie obszarów (regionów), w ramach których konkretni uczestnicy porozumienia mogą na zasadzie wyłączności sprzedawać wyroby ogrodnicze, **(b)** ustalenie, że do ponadregionalnych sieci sklepów detalicznych i sieci hipermarketów uczestnicy porozumienia mogą sprzedawać wyroby ogrodnicze tylko w przypadku jednogłośnej pisemnej decyzji wszystkich uczestników porozumienia; **(c)** ustalenie, że sprzedaż poza region działania uczestnika porozumienia jest możliwa tylko w przypadku pisemnej zgody uczestnika porozumienia, na którego region działania sprzedaż ta jest kierowana **i stwierdza jej zaniechanie z dniem 20 czerwca 2008 r.**

III. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w związku z art. 83 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 **umarza wobec p. Sławomira Zawrockiego jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe** w sprawie zawarcia na krajowym rynku wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich przez Ogrody Polskie sp. z o.o. we Wrocławiu, Green-Land

Service sp. z o.o. w Warszawie, „Pest-Ario” spółka jawna W. Nimiro, R. Granas w Legnicy, Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna w Gdańsku, Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „Krokus 2” w Myślenicach, „Res-Gal” sp. z o.o. w Rzeszowie, Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Biabor” Hurtownia Ogrodnicza w Ignatkach, Sławomira Zawrockiego:

- 1) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodniczymi polegającego na ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży wyrobów ogrodniczych kontrahentom poprzez uzgadnianie wysokości cen zawartych w obowiązującym na terenie całego kraju cenniku oraz poprzez uzgadnianie maksymalnej wielkości przyznawanych kontrahentom rabatów,
- 2) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodniczymi polegającego na podziale rynku poprzez: **(a)** ustalenie obszarów (regionów), w ramach których konkretni uczestnicy porozumienia mogą na zasadzie wyłączności sprzedawać wyroby ogrodnicze, **(b)** ustalenie, że do ponadregionalnych sieci sklepów detalicznych i sieci hipermarketów uczestnicy porozumienia mogą sprzedawać wyroby ogrodnicze tylko w przypadku jednogłośnie pisemnej decyzji wszystkich uczestników porozumienia; **(c)** ustalenie, że sprzedaż poza region działania uczestnika porozumienia jest możliwa tylko w przypadku pisemnej zgody uczestnika porozumienia, na którego region działania sprzedaż ta jest kierowana.

IV. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 oraz art. 6 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy określonych w pkt I i II sentencji niniejszej decyzji **nakłada na:**

1. Ogrody Polskie sp. z o.o. we Wrocławiu **karę pieniężną** w wysokości **1 648,68 zł** (tysiąc sześćset czterdzieści osiem złotych sześćdziesiąt osiem groszy), płatną do budżetu państwa,

2. Green-Land Service sp. z o.o. w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości **31 294,65 zł** (trzydzieści jeden tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt pięć groszy), płatną do budżetu państwa,
3. „Pest-Ario” spółka jawna W. Nimiro, R. Granas w Legnicy **karę pieniężną** w wysokości **11 652,22 zł** (jedenaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dwa grosze), płatną do budżetu państwa,
4. Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna w Gdańsku **karę pieniężną** w wysokości **9 062,58 zł** (dziewięć tysięcy sześćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt osiem groszy), płatną do budżetu państwa,
5. Przemysław Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „Krokus 2” w Myślenicach **karę pieniężną** w wysokości **7 007,93 zł** (siedem tysięcy siedem złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze), płatną do budżetu państwa,
6. „Res-Gal” sp. z o.o. w Rzeszowie **karę pieniężną** w wysokości **6 486,52 zł** (sześć tysięcy czterysta osiemdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt dwa grosze), płatną do budżetu państwa,
7. Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Biabor” Hurtownia Ogrodnicza Tomasz Bortniczuk w Ignatkach **karę pieniężną** w wysokości **12 116,03 zł** (dwanaście tysięcy sto szesnaście złotych trzy grosze), płatną do budżetu państwa.

Uzasadnienie

- (1) W dniu 31 grudnia 2009 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.) – dalej jako: „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”, postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Green-Land Service sp. z o.o. w Warszawie, Ogrody Polskie sp. z o.o. we Wrocławiu, „Pest-Ario” spółka jawna W. Nimiro, R. Granas w Legnicy, Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna w Gdańsku, Przemysław Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „Krokus 2” w Myślenicach, „Res-Gal” sp. z o.o. w Rzeszowie, Sławomira Zawrockiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Transfer” Firma

Handlowa w Wilczynie, Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Biabor” Hurtownia Ogrodnicza Tomasz Bortniczuk w Ignatkach (w dalszej części decyzji odpowiednio jako: „Green-Land”, „Ogrody Polskie”, „Pest-Ario”, „Biedronka”, „Res-Gal”, „Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2” lub „Krokus 2” oraz „Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor” lub „Biabor”) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodniczymi polegającego na:

- ustalaniu cen odsprzedaży wyrobów ogrodniczych poprzez uzgadnianie wysokości cen zawartych w obowiązującym na terenie całego kraju cenniku oraz poprzez uzgadnianie maksymalnej wielkości przyznawanych kontrahentom rabatów,
- podziale krajowego rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodniczymi poprzez: **(a)** ustalenie obszarów (regionów), w ramach których konkretni uczestnicy porozumienia mogą na zasadzie wyłączności sprzedawać wyroby ogrodnicze, **(b)** ustalenie, że do ponadregionalnych sieci sklepów detalicznych i sieci hipermarketów uczestnicy porozumienia mogą sprzedawać wyroby ogrodnicze tylko w przypadku jednogłośnej pisemnej decyzji wszystkich uczestników porozumienia; **(c)** ustalenie, że sprzedaż poza region działania uczestnika porozumienia jest możliwa tylko w przypadku pisemnej zgody uczestnika porozumienia, na którego region działania sprzedaż ta jest kierowana.

- (2) Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w następstwie informacji uzyskanych przez Prezesa Urzędu w złożonych równocześnie (w jednej kopercie nadanej pocztą na adres Urzędu) dnia 21 grudnia 2009 r. na podstawie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 stycznia 2009 r. *w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie* (Dz. U. Nr 20, poz. 109) wnioskach o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej jako: „wnioski o odstąpienie od wymierzenia kary”) przez dwóch przedsiębiorców: Ogrody Polskie oraz Res-Gal (k. 3424 – 3577).
- (3) Wskazane wnioski o odstąpienie od wymierzenia kary nie zostały przez Prezesa Urzędu uwzględnione z powodu niespełnienia warunków określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wskutek złożenia wniosków w sposób uniemożliwiający Prezesowi Urzędu ustalenie kolejności wpływu wniosków od

poszczególnych przedsiębiorców. Podejmując przytoczone rozstrzygnięcie Prezes Urzędu wziął w szczególności pod uwagę, że ustawa o *ochronie konkurencji i konsumentów* w art. 109 ust. 1 przewiduje, że Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia kary na przedsiębiorcę biorącego udział w antykonkurencyjnym porozumieniu, jeżeli przedsiębiorca jako pierwszy z uczestników porozumienia dostarczy informację o istnieniu zakazanego porozumienia, wystarczającą do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub przedstawi Prezesowi Urzędu, z własnej inicjatywy, dowód umożliwiający wydanie decyzji, o której mowa w art. 10 lub 11 ww. ustawy – jeżeli Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie informacji i dowodów wystarczających do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub wydania powyższej decyzji. Jednocześnie jednak uznał, że językowa wykładnia art. 109 ust. 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* jednoznacznie wskazuje, że tylko jeden uczestnik danego porozumienia może skutecznie ubiegać się o całkowite zwolnienie z kary¹, co potwierdza również wykładnia celowościowa przedmiotowego przepisu, gdyż ma on na celu rozbicie solidarności uczestników niedozwolonego porozumienia. Tym samym należało przyjąć, że służy zapobieżeniu dalszym uzgodnieniom w ramach tego porozumienia, a zatem także próbom łącznego ubiegania się o pełne zwolnienie z kary przez wszystkich uczestników zakazanego porozumienia np. po zrealizowaniu celów porozumienia lub po jego naturalnym wygaśnięciu. Wobec powyższego jednoczesne złożenie do Prezesa Urzędu wniosków o odstąpienie od wymierzenia kary przez dwóch uczestników porozumienia stanowiło w ocenie organu antymonopolowego niedopuszczalną próbę obejścia obowiązujących przepisów prawa i w związku z powyższym wnioski złożone przez tych przedsiębiorców nie zostały uwzględnione.

- (4) W toku postępowania Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę w siedzibach dwóch przedsiębiorców będących stronami niniejszego postępowania: Pest-Ario oraz p. Przemysław Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2.
- (5) Postanowieniem z dnia 24 lutego 2010 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania dokumenty uzyskane w toku przeprowadzonej kontroli przedsiębiorców, o czym strony zostały poinformowane zawiadomieniem z dnia 24 lutego 2010 r.
- (6) Postanowieniem z dnia 23 listopada 2010 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania dokumenty przedstawione przez Ogrody Polskie i

¹ Takie stanowisko znajduje również odzwierciedlenie w poglądach doktryny. Por. R. Molski (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1671.

Res-Gal w ramach złożonych przez tych przedsiębiorców wniosków o odstąpienie od wymierzenia kary.

- (7) W trakcie postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu wzywał strony postępowania, do przekazania dodatkowych informacji i dokumentów niezbędnych do ustalenia stanu faktycznego i oceny sprawy w aspekcie stawianych zarzutów. Strony odnosiły się do twierdzeń Prezesa Urzędu, a także składały wyjaśnienia odnośnie przedmiotu niniejszego postępowania antymonopolowego.
- (8) Pismem z dnia 25 listopada 2010 r. strony zostały poinformowane o zakończeniu zbierania przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy w siedzibie Urzędu. W dniach 7 – 10 grudnia 2010 r. spółka Res-Gal skorzystała z uprawnienia do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach postępowania antymonopolowego. Dnia 27 grudnia 2010 r. p. Przemysław Janow prowadzący działalność pod nazwą Krokus 2 zapoznał się z materiałem dowodowym zgromadzonym w toku postępowania.
- (9) Już po poinformowaniu stron o zakończeniu zbierania przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego, w dniu 9 grudnia 2010 r., spółka Green-Land złożyła na podstawie art. 109 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary, o której mowa w art. 106 ww. ustawy lub o obniżenie jej wysokości (k. 3676 – 3679). Działając na podstawie § 7 rozporządzenia w *sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie* Prezes Urzędu nie uwzględnił złożonego przez Green-Land wniosku z powodu niespełnienia warunków określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Należy wskazać, że spółka złożyła wniosek z alternatywnym żądaniem: o odstąpienie od nałożenia kary bądź o obniżenie jej wysokości. Na gruncie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zarówno dla uzyskania odstąpienia jak i obniżenia kary pieniężnej przedsiębiorca powinien z własnej inicjatywy przedstawić organowi antymonopolowemu konkretny dowód dotyczący zawartego porozumienia. Dla uzyskania odstąpienia od wymierzenia kary dowód powinien umożliwić organowi wydanie decyzji stwierdzającej stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli Prezes Urzędu takich dowodów nie posiadał (art. 109 ust. 1 pkt 1 ppkt b ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*), natomiast dla obniżenia wysokości wymiaru kary dowód powinien w istotny sposób przyczynić się do wydania decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję (art. 109 ust. 2 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i*

konsumentów). Obowiązek dołączenia do wniosku ww. dowodów wynika również z rozporządzenia *w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie*, zgodnie z którym przedsiębiorca dołącza do wniosku dowód, o którym mowa w art. 109 ust. 1 lub ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec powyższego należy wskazać, że Green-Land nie dołączył do wniosku żadnego dowodu, a tym bardziej dowodu umożliwiającego organowi antymonopolowemu stwierdzenie istnienia porozumienia lub przyczyniającego się do wydania decyzji stwierdzającej istnienie porozumienia. Wobec nieprzedstawienia przez Green-Land obligatoryjnego elementu wniosku jakim jest dowód stosowania praktyki, Prezes Urzędu działając na podstawie § 7 ww. rozporządzenia nie uwzględnił złożonego wniosku. Przyjmując takie rozstrzygnięcie Prezes Urzędu miał również na uwadze, że Green-Land przedstawił ww. wniosek na końcowym etapie postępowania, już po zawiadomieniu stron o zakończeniu przez Prezesa Urzędu zbierania dowodów, a więc w momencie, gdy materiał już zgromadzony w aktach postępowania był już wystarczający do wydania decyzji kończącej sprawę.

(10) W tym miejscu należy zauważyć, że do części informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, został stronom postępowania ograniczony wgląd, a także, że część informacji stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania.

(11) Powyższe okoliczności wyznaczają kształt niniejszej decyzji, która składa się z następujących części:

1. decyzji właściwej, której przyporządkowane są załączniki z informacjami niejawnymi,
2. załącznika nr 1 – jawnego dla Ogrodów Polskich sp. z o.o.,
3. załącznika nr 2 – jawnego dla Green-Land Service sp. z o.o.,
4. załącznika nr 3 – jawnego dla „Pest-Ario” spółka jawna W. Nimiro, R. Granas,

5. załącznika nr 4 – jawnego dla Przedsiębiorstwa Handlowego „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna,
6. załącznika nr 5 – jawnego dla p. Przemysław Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „Krokus 2”,
7. załącznika nr 6 – jawnego dla „Res-Gal” sp. z o.o.,
8. załącznika nr 7 – jawnego dla p. Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Biabor” Hurtownia Ogrodnicza Tomasz Bortniczuk,
9. załącznika nr 8 – jawnego dla p. Sławomira Zawrockiego,
10. załącznika nr 9 – jawnego dla Prezesa Urzędu.

Informacje zawarte we wskazanych wyżej załącznikach stanowią integralną część niniejszej decyzji.

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

- (12) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest ocena, w aspekcie zawartego w art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wzajemnych ustaleń dokonywanych między przedsiębiorcami prowadzącymi hurtową sprzedaż wyrobów ogrodniczych oraz między tymi przedsiębiorcami a przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie produkcji i wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodniczych.

Strony postępowania

- (13) **Ogrody Polskie sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** – spółka jest wpisana do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 125434. W momencie wszczęcia postępowania przedmiotem działalności Ogrodów Polskich było wprowadzanie do obrotu wyrobów ogrodniczych, za pośrednictwem przedsiębiorców prowadzących hurtową sprzedaż wyrobów ogrodniczych.
- (14) Spółka Ogrody Polskie pierwotnie tj. w momencie wpisania do rejestru przedsiębiorców w sierpniu 2002 r. nosiła nazwę Hol-And sp. z o.o., a jej jedynym wspólnikiem był p. Sławomir Zawrocki. W grudniu 2003 r. spółka Hol-And sp. z o.o. zmieniła firmę na Ogrody Polskie sp. z o.o., a do spółki przystąpili kolejni wspólnicy (spółki Res-Gal i Green-Land, p. Przemysław Janow oraz p. Krzysztof Klimas – wspólnik

spółki Biedronka). Następnie w lutym 2005 r. do spółki przystąpili p. Witold Nimiro, p. Ryszard Granas – wspólnicy spółki Pest-Ario oraz p. Tomasz Bortniczuk.

- (15) Wskazani powyżej wspólnicy Ogrodów Polskich zajmowali się hurtowa odsprzedażą wyrobów ogrodnich wytwarzanych przez Ogrody Polskie. Spośród tych wspólników spółki Res-Gal oraz Green Land prowadziły bezpośrednio odsprzedaż towarów wytwarzanych przez Ogrody Polskie, natomiast pozostali wspólnicy (będący osobami fizycznymi) prowadzili odsprzedaż produktów Ogrodów Polskich w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności gospodarczej.
- (16) W styczniu 2010 r. nastąpiło umorzenie udziałów wszystkich wspólników², z wyjątkiem spółki Res-Gal, która obecnie jest jedynym udziałowcem spółki Ogrody Polskie (k. 315).
- (17) Przedmiotem działalności spółki Ogrody Polskie jest wytwarzanie wyrobów ogrodnich z półproduktów wytwarzanych przez innych przedsiębiorców, a następnie konfekcjonowanie gotowych produktów w opakowania pod markami należącymi do Ogrodów Polskich (k. 3030) i wprowadzanie ich do obrotu. W ofercie spółki od 2004 r. znajdowały się następujące produkty: nawozy ogrodnice („Starter”, „Flora”, „Zielona Linia”, „Hydrofoska”, „Biosfer”), wapno granulowane („Granukalk”), mieszanki traw („Trawnik”, „Garden Magic”, „Farma”), nasiona roślin („Farma”), ziemia ogrodnicza („Farma”), kora („Farma”), linki tnące oraz węże ogrodnice (k. 3029, 3030, 3062).
- (18) W 2005 r. spółka zajmowała się również importem wyrobów ogrodnich oraz dystrybuowaniem ich za pośrednictwem swoich dystrybutorów. Dotyczyło to następujących produktów: nawozy Barenbrug, narzędzia ogrodnice Fiskars, siatki Petelon oraz opryskiwacze Marolex (k. 3060).
- (19) Do połowy 2008 r. spółka Ogrody Polskie stosowała system dystrybucji oparty na wyłącznej współpracy ze swoimi wspólnikami lub (w przypadku niektórych wspólników będących osobami fizycznymi) ich spółkami dystrybuującymi wyroby ogrodnice Ogrodów Polskich do dalszych odbiorców (w szczególności do sklepów detalicznych). Spółka Ogrody Polskie współpracowała z ww. dystrybutorami na podstawie zawartej dnia 5 stycznia 2004 r. umowy współpracy lub też poprzez faktyczną kooperację bez podpisanej umowy.

² Uchwała w sprawie przymusowego umorzenia udziałów wspólników została podjęta 27 stycznia 2010 r., natomiast w Krajowym Rejestrze Sądowym została zarejestrowana dnia 9 marca 2010 r.

- (20) Od połowy 2008 r. spółka Ogrody Polskie zmieniła system dystrybucji swoich produktów. Od tego czasu wprowadza ona swoje towary do obrotu za pośrednictwem zatrudnionych przez nią przedstawicieli handlowych (k. 3032).
- (21) **Green-Land Service sp. z o.o. w Warszawie** – spółka wpisana do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 157335. W ramach prowadzonej działalności gospodarczej Green-Land zajmuje się m.in. dystrybucją wyrobów ogrodnich. Spółka była wspólnikiem spółki Ogrody Polskie oraz stroną umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. zawartej z Ogrodami Polskimi (k. 147). W ramach współpracy z Ogrodami Polskimi spółka prowadziła odsprzedaż wyrobów ogrodnich Ogrodów Polskich. Obecnie Green-Land nie jest już wspólnikiem Ogrodów Polskich – w styczniu 2010 r. nastąpiło przymusowe umorzenie udziałów tego przedsiębiorcy (k. 2528).
- (22) **„Res-Gal” sp. z o.o. w Rzeszowie** – spółka wpisana jest do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 133845. Działalność spółki koncentruje się wokół sprzedaży wyrobów ogrodnich. Spółka posiada również w swojej ofercie produkty Ogrodów Polskich. Res-Gal podpisał umowę współpracy z Ogrodami Polskimi z dnia 5 stycznia 2004 r. (k. 147). Obecnie na skutek przymusowego umorzenia udziałów innych wspólników Res-Gal jest jedynym udziałowcem Ogrodów Polskich (k. 323).
- (23) **„Pest-Ario” spółka jawna W. Nimiro, R. Granas w Legnicy** – spółka jest wpisana do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 144140. W ramach wykonywanej przez siebie działalności gospodarczej prowadzi sprzedaż wyrobów ogrodnich. Pest-Ario współpracowała ze spółką Ogrody Polskie w zakresie dystrybucji towarów produkowanych przez tę spółkę. Pest-Ario nie zawarła z Ogrodami Polskimi pisemnej umowy współpracy natomiast współpraca między tymi podmiotami oparta była na faktycznej kooperacji w ramach odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich. Należy również wskazać na istniejące pomiędzy tymi spółkami powiązania osobowe. W lutym 2005 r. jedyni wspólnicy Pest-Ario, p. Wiesław Nimiro oraz p. Ryszard Granas, zostali wspólnikami spółki Ogrody Polskie. W tym czasie spółka Pest-Ario podjęła bezpośrednią współpracę z Ogrodami Polskimi w ramach dystrybucji produktów tej spółki. Należy również wskazać, że spółka we wcześniejszym okresie (tj. przed przystąpieniem do spółki Ogrody Polskie wspólników Pest-Ario) miała również zawartą umowę współpracy (z

dnia 28 stycznia 2004 r.) z p. Przemysławem Janowem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2, na mocy której odsprzedawała produkty Ogrodów Polskich zakupione od ww. przedsiębiorcy (k. 248).

(24) **Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna w Gdańsku** – spółka jest wpisana do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 84335. Spółka prowadzi hurtową sprzedaż wyrobów ogrodnich. Spółka Biedronka była stroną umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. (k. 147) i współpracowała z Ogrodami Polskimi w zakresie odsprzedaży produktów wytwarzanych przez tę spółkę. Jeden ze wspólników spółki Biedronka, tj. p. Krzysztof Klimas, był również wspólnikiem Ogrodów Polskich do stycznia 2010 r., kiedy nastąpiło przymusowe umorzenie jego udziałów.

(25) **Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „Krokus 2” w Myślenicach** – przedsiębiorca ten wpisany jest do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Miasta i Gminy Myślenice pod numerem 4946/97. W ramach prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorca ten zajmuje się sprzedażą produktów ogrodnich. Pan Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 podpisał umowę współpracy z Ogrodami Polskimi z dnia 5 stycznia 2004 r. (k. 147). Natomiast w styczniu 2010 r. nastąpiło przymusowe umorzenie udziałów osoby fizycznej, p. Przemysława Janowa, w kapitale zakładowym spółki Ogrody Polskie.

(26) **Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Biabor” Hurtownia Ogródnicza w Ignatkach** – przedsiębiorca ten wpisany jest do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Białegostoku pod numerem 70555. W ramach prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorca ten zajmuje się sprzedażą produktów ogrodnich. Pan Tomasz Bortniczuk przystąpił w 2005 r. jako wspólnik do spółki Ogrody Polskie. Współpracował on w ramach prowadzonej działalności gospodarczej ze spółką Ogrody Polskie w zakresie odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, natomiast nie był stroną umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. W styczniu 2010 r. nastąpiło przymusowe umorzenie udziałów osoby fizycznej, p. Tomasza Bortniczuka, w kapitale zakładowym Ogrodów Polskich.

(27) **Sławomir Zawrocki** – Pan Sławomir Zawrocki był współnikiem spółki Ogrody Polskie od początku istnienia tego podmiotu do czerwca 2006 r., kiedy to nastąpiło przymusowe umorzenie jego udziałów w spółce (k. 125). Podpisał również umowę współpracy zawartą pomiędzy Ogrodami Polskimi z dnia 5 stycznia 2004 r., a ich dystrybutorami. Umowa zawiera sformułowanie, w świetle którego jednym z jej sygnatariuszy jest Pan Sławomir Zawrocki „*reprezentujący[m] firmę Transfer*” (w umowie podany został również adres i nr NIP) – k. 129. Użyte w treści umowy sformułowanie zostało pierwotnie zinterpretowane przez Prezesa Urzędu jako wskazówka, że stroną umowy jest p. Sławomir Zawrocki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Transfer. W toku postępowania organ antymonopolowy ustalił jednak, że p. Sławomir Zawrocki nie był dystrybutorem Ogrodów Polskich, a ww. umowę podpisał w imieniu innego przedsiębiorcy. Pan Sławomir Zawrocki nie prowadził działalności gospodarczej pod nazwą „*Transfer*”, tylko działał w imieniu innego przedsiębiorcy p. **[informacje utajnione – pkt 1 załącznika do decyzji]** prowadzącej działalność gospodarczą pod ww. nazwą na podstawie wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez wójta gminy Wilczyn pod numerem 39827/2002/S (k. 341). Podpisując umowę działał on więc jako pełnomocnik p. **[informacje utajnione – pkt 2 załącznika do decyzji]** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Transfer, która faktycznie została dystrybutorem produktów Ogrodów Polskich. Powyższe oznacza, że stroną umowy z dnia 5 stycznia 2004 r. zawartej z Ogrodami Polskimi była p. **[informacje utajnione – pkt 3 załącznika do decyzji]**, a nie p. Sławomir Zawrocki.

(28) W tym miejscu należy zauważyć, że pomiędzy stronami porozumienia zachodziły określone powiązania podmiotowe. Należy bowiem wskazać, że przedsiębiorcy będący dystrybutorami Ogrodów Polskich lub niektórzy wspólnicy tych dystrybutorów byli zarazem współnikami Ogrodów Polskich. W celu ujednolicenia nazewnictwa w dalszej części decyzji podmioty te, czyli Res-Gal, Green-Land, Pest-Ario, Biedronka, p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 oraz p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor, będą nazywane **dystrybutorami**. Natomiast odbiorcy współpracujący z nimi będą nazywani **dalszymi odbiorcami, dalszymi dystrybutorami lub kontrahentami**.

Porozumienie będące przedmiotem niniejszej decyzji

- (29) Przedmiotem oceny w niniejszej decyzji jest system dystrybucji wyrobów ogrodnich wytwarzanych przez Ogrody Polskie.
- (30) Prezes Urzędu ustalił, że następujące strony postępowania były stronami porozumienia dotyczącego wyrobów ogrodnich oferowanych przez Ogrody Polskie – spółka Ogrody Polskie oraz jej dystrybutorzy – Res-Gal, Green-Land, Pest-Ario, Biedronka, p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 oraz p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor.
- (31) Zawarte przez wskazane wyżej strony postępowania porozumienie dotyczyło oferty produktowej Ogrodów Polskich i polegało na **ustalaniu minimalnych cen hurtowej odsprzedaży** przez dystrybutorów wyrobów ogrodnich kupowanych przez nich od Ogrodów Polskich, a także na **podziale terytorialnym i podmiotowym rynku** hurtowej sprzedaży wyrobów ogrodnich Ogrodów Polskich dokonywanej przez dystrybutorów.
- (32) Mechanizm ustalania minimalnych cen odsprzedaży wyrobów ogrodnich Ogrodów Polskich przez dystrybutorów polegał na:
- uzgadnianiu między dystrybutorami i Ogrodami Polskimi wysokości zawartych w ogólnokrajowych cennikach cen hurtowej odsprzedaży wyrobów Ogrodów Polskich obowiązujących w relacjach dystrybutorów Ogrodów Polskich z ich dalszymi odbiorcami,
 - uzgadnianiu między dystrybutorami i Ogrodami Polskimi maksymalnych wysokości przyznawanych dalszym odbiorcom dystrybutorów rabatów od cen uzgodnionych w ww. cennikach.
- (33) Podział rynku hurtowej sprzedaży wyrobów ogrodnich przejawiał się w:
- ustaleniu regionów, w ramach których tylko konkretni dystrybutorzy Ogrodów Polskich mogli na zasadzie wyłączności sprzedawać wyroby ogrodnicze Ogrodów Polskich,
 - ustaleniu, że do ponadregionalnych sieci sklepów detalicznych i sieci hipermarketów dystrybutorzy Ogrodów Polskich mogą dokonywać sprzedaży tylko w przypadku jednogłośnej pisemnej decyzji wszystkich uczestników porozumienia,
 - ustaleniu, że sprzedaż poza region działania danego dystrybutora jest możliwa tylko w przypadku pisemnej zgody dystrybutora, na którego region działania sprzedaż ta jest kierowana.

- (34) Dla dokładnego opisanie niniejszego porozumienia poniżej zostaną omówione **trzy etapy** jego funkcjonowania: **(I)** powołanie spółki Ogrody Polskie i zawarcie pisemnej umowy współpracy między tą spółką a jej dystrybutorami, **(II)** mające wpływ na podmiotowy zakres porozumienia zmiany personalne wśród wspólników spółki Ogrody Polskie, **(III)** zakończenie trwania porozumienia. Następnie opisany zostanie sposób funkcjonowania porozumienia w ramach wskazanych powyżej etapów.

Etap pierwszy – powołanie spółki Ogrody Polskie i zawarcie umowy współpracy

- (35) Porozumienie będące przedmiotem niniejszej decyzji dotyczyło systemu dystrybucji produktów spółki Ogrody Polskie stosowanego przez przedsiębiorców dystrybuujących produkty tej spółki. Wobec tego należy przedstawić okoliczności powstania spółki Ogrody Polskie. W sierpniu 2002 r. została do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym wpisana spółka Hol-And sp. z o.o. (jej jedynym wspólnikiem był p. Sławomir Zawrocki). W grudniu 2003 r. spółka zmieniła firmę na Ogrody Polskie sp. z o.o. i przystąpili do niej kolejni wspólnicy (Green-Land, Res-Gal oraz osoby fizyczne p. Przemysław Janow oraz p. Krzysztof Klimas).
- (36) Dnia 5 stycznia 2004 r. zawarta została umowa współpracy pomiędzy spółką Ogrody Polskie, a pięcioma przedsiębiorcami dystrybuującymi jej produkty (k. 129 – 132):
- spółką Green-Land, która była zarówno wspólnikiem Ogrodów Polskich, jak i stroną umowy,
 - spółką Res-Gal, która była zarówno wspólnikiem Ogrodów Polskich jak i stroną umowy współpracy,
 - spółką Biedronka, która była stroną umowy współpracy natomiast nie była wspólnikiem Ogrodów Polskich (był nim natomiast p. Krzysztof Klimas, będący zarazem jednym ze wspólników spółki Biedronka),
 - p. Przemysławem Janowem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 – p. Przemysław Janow jako osoba fizyczna był wspólnikiem Ogrodów Polskich, natomiast stroną umowy współpracy p. Przemysław Janow był jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2,
 - p. **[informacje utajnione – pkt 4 załącznika do decyzji]** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Transfer (w imieniu p. **[informacje utajnione – pkt 5 załącznika do decyzji]** umowę podpisał działający jako pełnomocnik p. Sławomir Zawrocki, który w tym czasie był wspólnikiem spółki Ogrody Polskie). Należy również nadmienić, że w czasie podpisywania umowy współpracy p. **[informacje**

utajnione – pkt 6 załącznika do decyzji] pełniła funkcję prezesa zarządu Ogrodów Polskich.

- (37) Umowa współpracy została sporządzona przez wspólników Ogrodów Polskich (k. 225). Przedmiotowa umowa współpracy **kształtowała zasady funkcjonowania systemu sprzedaży produktów Ogrodów Polskich zarówno w zakresie odnoszącym się do bezpośrednich relacji Ogrodów Polskich z dystrybutorami, relacji między dystrybutorami, a także w zakresie relacji dystrybutorów z ich dalszymi odbiorcami** (umowa k. 129 – 132). Zgodnie z umową współpracy (pkt 3.2) dystrybutorzy Ogrodów Polskich mieli sprzedawać produkty tej spółki:
- bezpośrednio do sklepów detalicznych,
 - poprzez ustanowionych dalszych dystrybutorów (jednego lub dwóch na województwo),
 - uzupełniając poprzez mniejsze hurtownie.
- (38) Omawiana umowa zawierała postanowienia odnoszące się do **ustalania cen hurtowej odsprzedaży** wyrobów Ogrodów Polskich oraz odnoszące się do **podziału podmiotowego i terytorialnego rynku** hurtowej odsprzedaży wyrobów ogrodnich.
- (39) W zakresie **ustalania cen** hurtowej odsprzedaży wyrobów Ogrodów Polskich przez dystrybutorów wobec ich odbiorców w umowie przewidziano, że sprzedaż towarów wytwarzanych przez Ogrody Polskie oparta jest o jeden cennik ogólnokrajowy uzgodniony przez strony umowy (pkt 2.1 umowy), stosowany zarówno przez dystrybutorów będących stronami umowy, jak i przez dalszych dystrybutorów współpracujących ze stronami umowy. W umowie zawarto zobowiązanie stron do bezwzględnego stosowania się do cen zawartych w cenniku (pkt 2.3 umowy). W umowie zostały również ustalone maksymalne wysokości rabatów, jakie mogły zostać przyznane poszczególnym kategoriom odbiorców dystrybutorów. Maksymalnie 5 % rabat od cen cennikowych mógł zostać udzielony sklepom detalicznym (pkt 2.3 umowy), natomiast rabat dla dalszego dystrybutora regionalnego współpracującego z daną stroną umowy nie mógł być wyższy niż 25 % cen cennikowych (pkt 3.3.3. umowy). W umowie zawarto również postanowienia kształtujące w zakresie cen odsprzedaży treść ewentualnych dalszych umów zawieranych przez dystrybutorów z ich dalszymi odbiorcami – zwanymi w umowie z dnia 5 stycznia 2004 r. dystrybutorami regionalnymi. W świetle postanowień omawianej umowy taka umowa dystrybucji regionalnej powinna zawierać postanowienie ustanawiające obowiązek bezwzględnego przestrzegania przez dystrybutora regionalnego

cen zawartych w cenniku ogólnokrajowym oraz zobowiązanie dystrybutora regionalnego do udzielania jego odbiorcom maksymalnie 5 % rabatów bez względu na wielkość zakupu i sposób płatności (pkt 3.3.2. umowy).

- (40) W zakresie **podziału rynku hurtowej** odsprzedaży wyrobów ogrodniczych umowa kreowała zarówno podział terytorialny jak i podział podmiotowy tego rynku. Podział terytorialny rynku przejawiał się w przypisaniu określonych rejonów kraju, na wyłączność konkretnym dystrybutorom Ogrodów Polskich. Umowa bezpośrednio przydzielała konkretnym dystrybutorom obszar określonych województw, który stanowił rejon działania tych podmiotów³ – pkt 3.1 umowy. Strony umowy mogły prowadzić sprzedaż towarów jedynie w tych wyznaczonych rejonach (pkt 1.3 umowy). Umowa współpracy przewidywała możliwość sprzedaży poza wyznaczony dla danego dystrybutora rejon tylko po wyrażeniu pisemnej zgody przez dystrybutora, do którego rejonu miała dokonać się sprzedaż (pkt 1.4 umowy). Umowa współpracy przewidywała także dalszy podział regionalny rynku obowiązujący w relacjach dystrybutorów Ogrodów Polskich z dalszymi dystrybutorami. Zgodnie z umową współpracy dystrybutor regionalny współpracujący z danym dystrybutorem Ogrodów Polskich mógł prowadzić dalszą odsprzedaż towarów tylko w ściśle określonym rejonie – postanowienie takie musiało zostać umieszczone w umowie dystrybucji regionalnej zawartej z dalszym dystrybutorem (pkt 3.3.1 umowy).
- (41) W zakresie podziału podmiotowego rynku umowa wykluczyła niektóre kategorie podmiotów z łańcucha dystrybucji produktów Ogrodów Polskich. Punkt 1.2 umowy wprowadził zasadę, że produkty spółki Ogrody Polskie mogą być sprzedawane przez dystrybutorów do ponadregionalnych sieci sklepów detalicznych lub sieci hipermarketów, tylko w przypadku jednogłośnej pisemnej decyzji podjętej przez wszystkich uczestników porozumienia. Ponadto w zakresie współpracy dystrybutorów Ogrodów Polskich z dalszymi dystrybutorami regionalnymi, w umowie dystrybucji regionalnej musiało zostać umieszczone postanowienie dające prawo do dokonywania przez dystrybutora regionalnego sprzedaży tylko do sklepów tradycyjnej sieci handlowej (z wykluczeniem sieci ponadregionalnych) – pkt 3.3.1 umowy.

³ Res-Gal – woj. podkarpackie, lubelskie oraz świętokrzyskie; Green-Land – woj. mazowieckie, podlaskie oraz łódzkie; Krokus 2 – woj. małopolskie, śląskie, opolskie oraz dolnośląskie; Biedronka – pomorskie, warmińsko-mazurskie oraz kujawsko-pomorskie; Transfer – woj. wielkopolskie, zachodnio-pomorskie oraz lubuskie.

- (42) Umowa wprowadziła stosowne **sankcje** wobec dystrybutora, który nie stosuje się do opisanych powyżej postanowień dotyczących cen odsprzedaży i podziału rynku w postaci wstrzymania dostaw do danego dystrybutora oraz rozpatrzenia na najbliższym walnym zgromadzeniu Ogrodów Polskich wykluczenia go ze spółki Ogrody Polskie⁴ i przyznania regionu działania tego dystrybutora pozostałym stronom porozumienia (pkt 1.6 oraz 2.5 w zw. z 1.6 umowy współpracy). Ponadto, w zakresie podziału rynku dokonanie sprzedaży przez dystrybutora w rejonie działania innego dystrybutora zobowiązywało dystrybutora naruszającego zasady systemu do wstrzymania dokonywania dalszej sprzedaży oraz wypłacenia na rzecz właściwego dla danego regionu dystrybutora prowizji w wysokości 10 % zrealizowanego zamówienia (pkt 1.5 umowy).
- (43) W umowie współpracy przewidziano także konsekwencje za złamanie przez dalszego dystrybutora regionalnego współpracującego z danym bezpośrednim dystrybutorem Ogrodów Polskich przyjętych zasad ustalania cen i podziału rynku. Bezpośredni dystrybutor Ogrodów Polskich, który zawarł umowę dystrybucji regionalnej, ponosił całkowitą odpowiedzialność za działania i zaniechania ustanowionych przez siebie dalszych dystrybutorów – pkt 3.5 umowy – w postaci natychmiastowego rozwiązania zawartej umowy dalszej dystrybucji (pkt 3.4 umowy). Naruszenie dokonane przez dalszego dystrybutora regionalnego mogło również skutkować wstrzymaniem dostaw dla bezpośredniego dystrybutora Ogrodów Polskich, a także rozpatrzeniem na najbliższym walnym zgromadzeniu Ogrodów Polskich wykluczenia go ze spółki, a w konsekwencji przyznania regionu działania tego dystrybutora pozostałym stronom porozumienia (pkt 1.6 w zw. z pkt. 3.6 umowy).
- (44) Podział terytorialny rynku wzmacniało także postanowienie umowy, zgodnie z którym za nieterminowe dokonywanie płatności należnych Ogrodom Polskim zarząd mógł wstrzymać dostawy na rzecz tego dystrybutora, o czym ten powinien niezwłocznie poinformować pozostałych dystrybutorów. W opisanym powyżej przypadku za zgodą pozostałych sygnatariuszy umowy mogło dojść do czasowego przydzielenia terytorium nieplacącego przedsiębiorcy jednej lub kilku pozostałym stronom porozumienia (pkt 4.6 i 4.7. umowy współpracy).

⁴ Ewentualnie wykluczenie dystrybutora powiązanego z dystrybutorem osobowo, jeżeli dystrybutor i wspólnik nie byli tożsamymi podmiotami.

Etap drugi – zmiany personalne wśród wspólników spółki Ogrody Polskie

- (45) Na tym etapie funkcjonowania porozumienia doszło do zmian osobowych wśród wspólników Ogrodów Polskich – w lutym 2005 r. do spółki Ogrody Polskie przystąpiło trzech nowych wspólników: p. Ryszard Granas, p. Witold Nimiro oraz p. Tomasz Bortniczuk, natomiast w 2006 r. dokonano przymusowego umorzenia udziałów p. Sławomira Zawrockiego, który od dnia 29 czerwca 2006 r. nie był już wspólnikiem Ogrodów Polskich.
- (46) Nowi wspólnicy, którzy przystąpili do spółki w 2005 r. nie podpisali umowy współpracy, jednakże faktycznie zajmowali się dystrybucją produktów Ogrodów Polskich w ramach prowadzonych działalności gospodarczych. Dystrybutorami Ogrodów Polskich stała się odtąd spółka Pest-Ario, której wspólnikami są p. Ryszard Granas i p. Witold Nimiro oraz p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor.
- (47) Należy wskazać, że po przystąpieniu nowych wspólników do spółki Ogrody Polskie, zostały podjęte prace nad dostosowaniem dotychczasowej umowy współpracy do nowych warunków, w których zwiększyła się liczba przedsiębiorców dystrybuujących produkty Ogrodów Polskich. W materiale dowodowym niniejszej sprawy znajduje się projekt nowej umowy, który jednakże nigdy nie został podpisany pomimo prowadzonych negocjacji w tym zakresie (k. 133 – 138). Projekt proponowanej rozszerzonej umowy współpracy zawiera postanowienia w niewielkim stopniu reorganizujące zasady współpracy pomiędzy spółką Ogrody Polskie a dystrybutorami. Podtrzymane zostały w nim postanowienia dotyczące ustalania cen odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich oraz podziału rynku, natomiast na nowo zostały przypisane konkretne województwa określonym dystrybutorom.
- (48) Odnosząc się do warunków współpracy Ogrodów Polskich z Pest-Ario należy wskazać, że współpraca ta rozpoczęła się w lutym 2005 r. (k. 64). Wówczas wspólnicy Pest-Ario (p. Ryszard Granas oraz p. Witold Nimiro) zostali wspólnikami Ogrodów Polskich a spółka Pest-Ario rozpoczęła dystrybucję wyrobów ogrodnich z oferty Ogrodów Polskich na podstawie bezpośrednich kontaktów handlowych z tą spółką. Jak zostało powyżej wskazane, Pest-Ario przystępując do współpracy z Ogradami Polskimi nie zawarło formalnej umowy z tą spółką, nie przystąpiło też do obowiązującej umowy z dnia 5 stycznia 2004 r.
- (49) Przed rozpoczęciem współpracy bezpośrednio ze spółką Ogrody Polskie spółka Pest-Ario zajmowała się sprzedażą produktów Ogrodów Polskich na mocy umowy z dnia 28

stycznia 2004 r. zawartej z p. Przemysławem Janowem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 (k. 248). Zgodnie z treścią tej umowy p. Przemysław Janow działający jako „*reprezentant grupy dystrybucyjnej Ogrody Polskie*” miał prawo do wyłącznej sprzedaży produktów Ogrodów Polskich na terenie czterech województw. Na mocy przedmiotowej umowy spółka Pest-Ario uzyskała wyłączność sprzedaży na terenie dwóch z nich (dolnośląskiego oraz opolskiego) oraz „*możliwość handlu*” na terenie województwa śląskiego. Umowa ta kształtowała stosunki pomiędzy stronami zgodnie z zasadami przewidzianymi w umowie z dnia 5 stycznia 2004 r., której p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 był sygnatariuszem (por. pkt 36 decyzji). Należy wskazać, że umowa dalszej dystrybucji zawarta przez p. Przemysława Janowa z Pest-Ario przewidywała rabat dla tego ostatniego przedsiębiorcy w wysokości 20 – 25 %. W ramach tej umowy spółka Pest-Ario zobowiązała się do bezwzględnego przestrzegania cen zawartych w cenniku i udzielania maksymalnego rabatu sklepom detalicznym w wysokości 5 % bez względu na wielkość zakupu i sposób płatności. Umowa wykluczała również możliwość dokonywania sprzedaży przez Pest-Ario do ponadregionalnych sieci sprzedaży oraz do hipermarketów, ograniczając zakres sprzedaży wyłącznie do sklepów i hurtowni „*tradycyjnej sieci handlowej*”. Ponadto umowa ta przewidywała, że w razie zawarcia jakiejkolwiek dalszej umowy przez Pest-Ario z hurtowniami, w tej umowie powinny się znaleźć postanowienia o maksymalnym 5 % rabacie udzielanym do sklepów detalicznych oraz o braku możliwości sprzedaży do ponadregionalnych sieci sklepów i do hipermarketów. Należy zwrócić uwagę, że umowę tę zawarto jeszcze przed przystąpieniem wspólników Pest-Ario do spółki Ogrody Polskie, co pozwala na stwierdzenie, że była to umowa mająca na celu dalszą odsprzedaż produktów Ogrodów Polskich przez Pest-Ario jako dystrybutora regionalnego. Po przystąpieniu p. Ryszarda Granasa i p. Witolda Nimiro jako wspólników do spółki Ogrody Polskie spółka Pest-Ario podjęła bezpośrednią współpracę ze spółką Ogrody Polskie, jako jej dystrybutor.

- (50) W tym samym czasie co wspólnicy spółki Pest-Ario, do Ogrodów Polskich przystąpił jako wspólnik także p. Tomasz Bortniczuk. Podmiot ten zajmował się dystrybucją produktów Ogrodów Polskich w ramach działalności gospodarczej prowadzonej pod nazwą Biabor. W ramach współpracy ze spółką Ogrody Polskie przedsiębiorca ten nie miał podpisanej żadnej formalnej umowy. Współpraca opierała się o składane zamówienia realizowane przez Ogrody Polskie.

Etap trzeci – zakończenie trwania porozumienia

- (51) W połowie 2008 r. spółka Ogrody Polskie rozpoczęła przekształcanie swojego dotychczasowego systemu dystrybucji. Dnia 20 czerwca 2008 r. spółka Ogrody Polskie zwróciła się do swoich dystrybutorów z pismem (k. 3540 – 3543), w którym stwierdziła, że umowa współpracy zawarta 5 stycznia 2004 r. jest sprzeczna z prawem, a tym samym nieważna. Spółka Ogrody Polskie wyraźnie zdystansowała się od ww. umowy, a tym samym od dotychczasowych zasad współpracy, natomiast nigdy nie wypowiedziała tej umowy. We wskazanym powyżej piśmie skierowanym do swoich dotychczasowych odbiorców spółka Ogrody Polskie wskazała, że w związku z nieważnością umowy współpracy nie ma ona obowiązku gwarantowania regionalnego bezpieczeństwa handlowego, poprzez które należy zgodnie z wyjaśnieniami spółki Ogrody Polskie rozumieć zapewnianie jej dystrybutorom wyłączności w dystrybuowaniu produktów Ogrodów Polskich na danym obszarze działania (k. 3032). Ponadto spółka zaproponowała ustalenie nowych gwarancji bezpieczeństwa handlowego skorelowanych ze złożeniem przez każdego dotychczasowego dystrybutora pisemnych deklaracji o wielkościach dokonywanych zakupów. Po złożeniu takich deklaracji zawarte miało być pomiędzy Ogrodami Polskimi a dystrybutorem porozumienie, w którym pod rygorem kary umownej w wysokości 15 % niezrealizowanych zakupów, dystrybutor ten zobowiązywałby się do wykonania określonego planu zakupów. W powołanym piśmie spółka Ogrody Polskie stwierdziła również, że niezawarcie przez kontrahentów ww. porozumień skutkować będzie koniecznością zawarcia umów z innymi podmiotami działającymi na dotychczasowym terenie danego dystrybutora. Z wyjątkiem Res-Gal, żaden z dotychczasowych dystrybutorów nie podpisał umowy na nowych, zaproponowanych przez Ogrody Polskie warunkach.
- (52) Wobec powyższego spółka Ogrody Polskie rozpoczęła poszukiwanie nowych kanałów wprowadzania na rynek wytwarzanych przez nią produktów. W sierpniu 2008 r. zdecydowała się na przejście na bezpośredni system dystrybucji, w którym rozprowadzaniem produktów Ogrodów Polskich zajęli się zatrudnieni przez nią przedstawiciele handlowi (k. 3032). Prezes Urzędu ustalił, że w 2009 i 2010 r. spółka Ogrody Polskie współpracowała z 28 nowymi odbiorcami wytwarzanych przez nią produktów (k. 3599).
- (53) Należy również wskazać, że na początku 2009 r. większość dotychczasowych wspólników spółki Ogrody Polskie (z wyjątkiem Res-Gal) założyło konkurencyjną wobec Ogrodów Polskich spółkę „Polskie Ogrody” sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy. Spółka ta

wytwarza produkty ogrodnicze i posiada ofertę zbliżoną do oferty Ogrodów Polskich. Dotychczasowi wyłączni dystrybutorzy Ogrodów Polskich rozpoczęli współpracę z nowo powołaną spółką, budując jej system dystrybucji.

- (54) Wobec powyższego Prezes Urzędu ustalił, że kwestionowany w niniejszym postępowaniu system dystrybucji pomiędzy Ogrodami Polskimi i jego bezpośrednimi kontrahentami funkcjonował od stycznia 2004 r. tj. od momentu podpisania umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. do połowy 2008 r. tj. do momentu złożenia przez Ogrody Polskie oświadczenia o nieważności umowy współpracy. W pełnym okresie uczestnikami opisanego w niniejszej decyzji systemu dystrybucji byli następujący przedsiębiorcy: Ogrody Polskie, Res-Gal, Green-Land, Biedronka oraz p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2. Natomiast Pest-Ario oraz p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor dołączyli do porozumienia w lutym 2005 r., kiedy to zostali współnikami Ogrodów Polskich i rozpoczęli działalność jako dystrybutorzy tej spółki. Zarazem należy zauważyć, że moment zaprzestania funkcjonowania systemu dystrybucji wyrobów ogrodniczych Ogrodów Polskich będącego przedmiotem niniejszej decyzji, nie pokrywa się z ostatnimi kontaktami handlowymi podejmowanymi między stronami. Te bowiem miały miejsce również w późniejszym okresie, jednakże nie były one oparte na kwestionowanych w niniejszej sprawie zasadach przyjętych w styczniu 2004 r.
- (55) Ostatecznym rozwiązaniem wszelkich powiązań pomiędzy spółką Ogrody Polskie a jej dystrybutorami było przymusowe umorzenie udziałów wszystkich dotychczasowych współników, z wyjątkiem spółki Res-Gal. Umorzenie to nastąpiło w styczniu 2010 r. Obecnie z Ogrodami Polskimi współpracuje tylko jedna strona niniejszego postępowania – spółka Res-Gal, która jednocześnie jest jedynym współnikiem Ogrodów Polskich.

System dystrybucji produktów Ogrodów Polskich i sposób funkcjonowania porozumienia

- (56) W toku postępowania organ antymonopolowy ustalił, że porozumienie było oparte na zasadach, które zostały przez spółkę Ogrody Polskie i jej dystrybutorów wypracowane w umowie współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. (postanowienia tej umowy opisane są w pkt od 37 do 44 niniejszej decyzji). Z ustaleń Prezesa Urzędu wynika również, że pomimo że nie wszyscy dystrybutorzy byli formalnie stronami tej umowy, to faktycznie mechanizm ich współpracy nie odbiegał od tego zawartego w umowie. Umowa ta stanowiła fundament funkcjonowania porozumienia, na co w dalszej części decyzji zostaną przedstawione dowody.

(57) Zgodnie z porozumieniem spółka Ogrody Polskie w czasie trwania porozumienia sprzedawała wyroby ogrodnicze wyłącznie dystrybutorom będącym stronami tego porozumienia, spośród których każdy miał przypisany odrębny region w Polsce. Spółka nie sprzedawała natomiast swoich produktów innym odbiorcom (konkurentom lub kontrahentom ww. dystrybutorów). Następnie wskazani dystrybutorzy działający na szczeblu sprzedaży hurtowej odsprzedawali na swoim terenie produkty do różnego rodzaju kontrahentów (przede wszystkim sklepów detalicznych), z wyłączeniem ponadregionalnych sieci sklepów i hipermarketów.

(58) Poniższa tabela przedstawia liczbę kontrahentów dystrybutorów na produkty Ogrodów Polskich na określonych szczeblach obrotu (hurt, detal), z którymi dany dystrybutor współpracował w latach 2004 – 2009. W poniższej tabeli Prezes Urzędu nie uwzględniał zagranicznych kontrahentów stron postępowania, bowiem zarzuty dotyczą rynku krajowego, a także nie uwzględniał jako kontrahentów stron pozostałych stron niniejszego postępowania (zdarzały się bowiem przypadki sprzedaży towarów Ogrodów Polskich określonemu dystrybutorowi przez innego dystrybutora)

dystrybutor	wszyscy odbiorcy	odbiorcy detaliczni		odbiorcy hurtowi		inni odbiorcy	
[informacje utajnione pkt 7 załącznika do decyzji]	297	175	59 %	8	2,6%	114	38,4%
[informacje utajnione pkt 8 załącznika do decyzji]	255	223	87,4%	2	0,8%	30	11,8%
[informacje utajnione pkt 9 załącznika do decyzji]	194	182	93,8%	4	2,1%	8	4,1%
[informacje utajnione pkt 10 załącznika do decyzji]	314	304	96,8%	10	3,2%	-	-
[informacje utajnione pkt 11 załącznika do decyzji]	384	376	98%	8	2%	-	-
[informacje utajnione pkt 12 załącznika do decyzji]	188	170	90,4%	18	9,6%	-	-

Tab. 1. Dane dotyczące liczby kontrahentów dystrybutorów Ogrodów Polskich działających na poszczególnych szczeblach obrotu.

(59) Głównym kanałem sprzedaży produktów Ogrodów Polskich prowadzonej przez dystrybutorów Ogrodów Polskich była odsprzedaż na rzecz sklepów detalicznych – takich kontrahentów było od 59 % w przypadku [informacje utajnione pkt 13 załącznika do

decyzji], nawet do 93,8 % w przypadku odbiorców **[informacje utajnione pkt 14 załącznika do decyzji]**. Stosunkowo niewielu odbiorców hurtowych współpracowało z dystrybutorami Ogrodów Polskich, zaledwie 9,6 % w przypadku **[informacje utajnione pkt 15 załącznika do decyzji]**, który posiadał największą liczbę odbiorców z tej kategorii.

(60) Oddzielnego omówienia wymaga trzecia kolumna przedstawionej powyżej tabeli zatytułowana „inni odbiorcy”. Kolumna ta zawiera liczbę kontrahentów dystrybutora, którzy nie mogli być zakwalifikowani do kategorii sklepów detalicznych lub hurtowni – z reguły byli to odbiorcy zakupujący produkty Ogrodów Polskich na własny użytek. Wśród odbiorców **[informacje utajnione pkt 16 załącznika do decyzji]**, którzy znaleźli się w kategorii „inni odbiorcy” należy wskazać: firmy usługowe i handlowe, przedsiębiorców zajmujących się architekturą krajobrazu, kontrahentów instytucjonalnych, kwaciarnie oraz gospodarstwa rolne i ogrodnicze. Natomiast do kategorii „inni odbiorcy” wśród odbiorców **[informacje utajnione pkt 17 załącznika do decyzji]**, należą kontrahenci instytucjonalni, przedsiębiorstwa usługowe, salony samochodowe, gospodarstwa ogrodnicze oraz odbiorcy niesklasyfikowani. Odbiorcy **[informacje utajnione pkt 18 załącznika do decyzji]**, niebędący sklepami detalicznymi bądź hurtowniami to kontrahent instytucjonalny, przedsiębiorca zajmujący się architekturą krajobrazu oraz producenci, w tym nasion i nawozów.

(61) Zawarte między stronami niniejszego postępowania porozumienie w zakresie **ustalania cen odsprzedaży** przewidywało, że uzgodnione ceny hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich dokonywanej przez dystrybutorów określone będą przez Ogrody Polskie w cennikach, od których dystrybutorzy mieli prawo udzielać rabatów w ustalonej maksymalnej wysokości. Prezes Urzędu ustalił, że w danym sezonie przez strony porozumienia stosowane były cenniki określające ceny sprzedaży wyrobów ogrodniczych Ogrodów Polskich obowiązujące bezpośrednio w relacjach pomiędzy Ogradami Polskimi i dystrybutorami oraz ceny hurtowej odsprzedaży obowiązujące w relacjach pomiędzy dystrybutorami Ogrodów Polskich i ich odbiorcami (k. 324 – 338 – cenniki z lat 2004 – 2008).

(62) Cenniki obowiązywały co do zasady przez cały rok, zdarzały się jednak sytuacje, w których cenniki były zmieniane częściej (k. 2378, 2528, 3059). Prezes Urzędu ustalił, że ceny w cennikach ustalane były wspólnie przez strony niniejszego postępowania. Spółka Ogrody Polskie decydowała bowiem o ostatecznym kształcie cennika po konsultacjach

dokonanych z dystrybutorami. Konsultacje cenników polegały m.in. na tym, że dystrybutorzy podawali Ogrodom Polskim ceny stosowane przez innych producentów, żeby ustalić konkurencyjną cenę odsprzedaży (k. 224). Ceny te były po konsultacjach akceptowane przez pozostałe strony porozumienia (k. 127), po czym spółka Ogrody Polskie rozsyłała gotowe cenniki do dystrybutorów. Takie cenniki składały się z dwóch części: jednej zawierającej cenę zakupu dla dystrybutorów i drugiej zawierającej cenę odsprzedaży, które mieli stosować dystrybutorzy wobec swoich dalszych odbiorców.

- (63) Od cen obowiązujących w relacjach pomiędzy bezpośrednimi dystrybutorami Ogrodów Polskich i ich odbiorcami dystrybutorzy mogli udzielać rabatów w określonej maksymalnej wysokości – do 5 % dla sklepów detalicznych oraz do 25 % dla odbiorców hurtowych. Powyższe wynikało bezpośrednio z umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. i było stosowane także przez dystrybutorów, którzy tej umowy nie podpisali, co zostało dowiedzione w dalszej części decyzji. Natomiast zgodnie z wyjaśnieniami Ogrodów Polskich rabat dla sklepów udzielany przez dystrybutorów mógł kształtować się w praktyce na poziomie do 10 % (k. 127, 145 oraz 3032).
- (64) Poniżej zostały przedstawione przykłady faktur sprzedaży dokonanej przez poszczególnych dystrybutorów Ogrodów Polskich, z których wynika, że przynajmniej we wskazanych transakcjach uczestnicy porozumienia stosowali się do zasad współpracy w zakresie stosowanych cen odsprzedaży oraz udzielanych od nich rabatów. W ramach poniższych zestawień organ antymonopolowy wybrał w stosunku do każdego z dystrybutorów po dziesięć faktur, na których znajdowały się pozycje dotyczące sprzedaży produktów Ogrodów Polskich. Następnie porównano wynikające z faktur ceny sprzedaży netto do cen zawartych w obowiązującym w tym czasie cenniku odsprzedaży przygotowanym przez Ogrody Polskie dla dystrybutorów i obowiązującym w stosunkach dystrybutorów z ich dalszymi odbiorcami. W stosunku do każdej ze stron, faktury sprzedaży omówione zostały poprzez wskazanie numeru karty akt postępowania, na której dana faktura się znajduje, pozycji, które na danej fakturze zajmują produkty Ogrodów Polskich (dalej jako: poz.), stosunku ceny zastosowanej na fakturze do ceny wynikającej z cennika przygotowanego w ramach porozumienia przez Ogrody Polskie zawierającego ceny odsprzedaży dla odbiorców dystrybutorów – dalej jako: cennik odsprzedaży – (k. 324 – 327) oraz zastosowane rabaty.

(65) Poniżej przedstawionych jest dziesięć przykładowych faktur sprzedaży dokonanych przez **p. Przemysława Janowa prowadzącego działalność pod nazwą Krokus 2:**

- faktura z k. 2278 (poz. od 1 do 3) – cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 20 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat dla odbiorcy hurtowego w wysokości 20 % (zgodnie z zawartym porozumieniem),
- faktura z k. 2288 w stosunku do pozycji od 1 do 4 oraz 11 i 12 – ceny netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich są niższe o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %, natomiast w stosunku do pozycji od 5 do 8 zastosowano wynikający z porozumienia rabat od cen cennikowych w wysokości 5 %,
- faktura sprzedaży z k. 2291 (poz. nr 11 oraz 20 i 21) – ceny netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich są niższe o 3 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 3 %,
- faktura sprzedaży z k. 2293 (poz. nr 3) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %,
- faktura sprzedaży z k. 2295 w stosunku do pozycji nr 3, 4 i 6 ceny netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich są niższe o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %, natomiast w stosunku do pozycji od 14 do 19 zastosowano rabat w wysokości 5 %,
- faktura z k. 2297 (poz. nr 8) ceny netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich są niższe o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %,
- faktura z k. 2303 (poz. nr 1 i 2) ceny netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich są niższe o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %,
- faktura z k. 2305 w stosunku do poz. nr 1 i 5 zastosowano cenę identyczną jak w cenniku odsprzedaży, natomiast w stosunku do pozycji nr od 2 do 4 ceny netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich są niższe o 3 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 3 %,

- faktura z k. 2308 (poz. od 1 do 3) ceny netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich są niższe o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %,
- faktura z k. 2347 (poz. nr 6) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich wynikająca z faktury jest identyczna jak cena wynikająca z cennika odsprzedaży.

(66) Poniżej przedstawionych jest dziesięć przykładowych faktur sprzedaży dokonanych przez **Green-Land**:

- faktura z k. 2950 (poz. nr 11) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,
- faktura z k. 2960 (poz. nr 5) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %,
- faktura z k. 2964 (poz. nr 5 i 6) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2 %,
- faktura z k. 2967 (poz. nr 4 i 5) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2972 (poz. nr 1) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,
- faktura z k. 2999 (poz. od 9 do 14) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3008 (poz. nr 13) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,
- faktura z k. 3014 (poz. nr 8) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3021 (poz. nr 17) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,

- faktura z k. 3027 (poz. nr 3) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich (jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %).

(67) Poniżej przedstawionych jest dziesięć przykładowych faktur sprzedaży dokonanych przez spółkę **Biedronka**:

- faktura z k. 3086 (poz. nr 42 i 43) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3087 (poz. nr 1) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3088 (poz. od 5 do 9) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3090 (poz. od 40 do 41) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3091 (poz. od 1 do 3) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3098 (poz. od 106 do 112) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,
- faktura z k. 3100 (poz. od 22 do 25) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3106 (poz. nr 2 i 3) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 3109 (poz. nr 40 i 41) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 2 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 2%,
- faktura z k. 3222 (poz. od 9 do 11) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży.

(68) Poniżej przedstawionych jest dziesięć przykładowych faktur sprzedaży dokonanych przez **Pest-Ario**:

- faktura z k. 1986 (poz. od 11 do 14) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % w stosunku do ceny wynikającej z cennika odsprzedaży – zastosowano wynikający z porozumienia rabat w wysokości 5 %,

- faktura z k. 1987 w stosunku do pozycji od 3 do 5 cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży, natomiast cena sprzedaży produktu Ogrodów Polskich zawarta w pozycji nr 2 jest niższa o 4 % od ceny wynikającej z cennika odsprzedaży ponieważ zastosowano wynikający z porozumienia rabat w wysokości 4 %,
- faktura z k. 1988 (poz. od 4 do 6) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 2 % w stosunku do ceny wynikającej z cennika odsprzedaży – zastosowano wynikający z porozumienia rabat w wysokości 2 %,
- faktura z k. 1989 (poz. nr 1) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2036 (poz. nr 4) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % w stosunku do ceny wynikającej z cennika odsprzedaży – zastosowano wynikający z porozumienia rabat w wysokości 5 %,
- faktura z k. 2046 w stosunku do pozycji nr 1 cena netto sprzedaży jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży, natomiast w stosunku do pozycji nr 2 cena netto odsprzedaży jest o jeden grosz niższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2048 w stosunku do pozycji nr 2, 10 i 11 cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną zawartą w cenniku odsprzedaży, w stosunku do pozycji od 12 do 14 cena netto jest niższa o 4 % w stosunku do ceny wynikającej z cennika odsprzedaży ponieważ zastosowano wynikający z porozumienia rabat w wysokości 4 %, natomiast w stosunku do pozycji od 3 do 5 ceny netto odsprzedaży są niższe o 1 grosz od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży, w stosunku do pozycji nr 1 cena odsprzedaży jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2075 w stosunku do pozycji od 2 do 4 cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % w stosunku do ceny wynikającej z cennika odsprzedaży – zastosowano wynikający z porozumienia rabat w wysokości 5 %, natomiast w stosunku do pozycji nr 1 cena sprzedaży jest niższa o 4,5 % od ceny wynikającej z cennika odsprzedaży,
- faktura z k. 2082 w stosunku do pozycji nr 10 cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny wynikającej z cennika odsprzedaży – zastosowano wynikający z porozumienia rabat w wysokości 5 %, natomiast cena z pozycji nr 7 jest niższa od ceny cennikowej o 4,5 %,

- faktura z k. 2083 w stosunku do pozycji od 7 do 9 oraz 13 cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % w stosunku do ceny wynikającej z cennika odsprzedaży – zastosowano wynikający z cennika rabat w wysokości 5 %, natomiast cena z pozycji 12 jest niższa od ceny cennikowej o 2 %.

(69) Poniżej przedstawionych jest dziesięć przykładowych faktur sprzedaży dokonanych przez spółkę **Res-Gal**:

- faktura z k. 472 (poz. od 2 do 4) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 472 a (poz. nr 1 i 2) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 3 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 3 %,
- faktura z k. 480 (poz. nr 1) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 3 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 3 %,
- faktura z k. 482 cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 3 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 3 %,
- faktura z k. 504 (poz. nr 3) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 4 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 4 %,
- faktura z k. 530 (poz. nr 15 i 16) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,
- faktura z k. 532 (poz. nr 4 i 6) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży,
- faktura k. 535 (poz. nr 1) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,
- faktura k. 536 (poz. nr 1 i 2) cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 5 %,
- faktura z k. 557 (poz. nr 3) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest identyczna z ceną odsprzedaży zawartą w cenniku odsprzedaży.

(70) Poniżej przedstawionych jest dziesięć przykładowych faktur sprzedaży dokonanych przez **p. Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biabor**:

- faktura z k. 2417 (poz. nr 1) cena sprzedaży netto produktu Ogrodów Polskich jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2421 (poz. nr 8) cena sprzedaży netto produktu Ogrodów Polskich jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2425 (poz. nr 7) cena sprzedaży netto produktu Ogrodów Polskich jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2426 w stosunku do poz. od 20 do 22 cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich niższa od cen zawartych w cenniku odsprzedaży o 1 %, w stosunku do poz. nr 16 cena netto sprzedaży jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży, w stosunku do poz. nr 17 cena sprzedaży jest niższa o 4 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży, natomiast w stosunku do poz. nr 18 cena netto odsprzedaży jest niższa o 5,5 % od cen zawartych w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2435 (poz. od 19 do 22) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 1 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 1 %,
- faktura z k. 2438 (poz. nr 2) cena sprzedaży netto produktu Ogrodów Polskich jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2444 (poz. nr 4) cena sprzedaży netto produktu Ogrodów Polskich jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2449 w stosunku do poz. nr 5 cena sprzedaży netto produktu Ogrodów Polskich jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży, w stosunku do poz. nr 6 cena netto sprzedaży jest niższa o 4 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży, natomiast w stosunku do poz. nr 7 cena netto sprzedaży produktu Ogrodów Polskich jest niższa o 5,5 % od cen zawartych w cenniku odsprzedaży,
- faktura z k. 2475 (poz. od 3 do 6) cena netto sprzedaży produktów Ogrodów Polskich jest niższa o 1 % od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży – zastosowano rabat wynikający z porozumienia w wysokości 1 %,
- faktura z k. 2480 (poz. nr 4) cena sprzedaży netto produktu Ogrodów Polskich jest wyższa od ceny zawartej w cenniku odsprzedaży.

- (71) W zakresie **podziału rynku** hurtowej odsprzedaży produktów ogrodnich produkowanych przez Ogrody Polskie Prezes Urzędu ustalił, że z jednej strony miał on charakter podziału terytorialnego polegającego na wyznaczeniu określonych regionów kraju do obsługi przez konkretnych dystrybutorów Ogródów Polskich, natomiast z drugiej strony był to podział podmiotowy poprzez zakazanie dystrybutorom sprzedaży produktów Ogródów Polskich do ponadregionalnych sieci sprzedaży i hipermarketów bez pisemnej zgody wszystkich uczestników porozumienia.
- (72) Odnosząc się do podziału terytorialnego krajowego rynku hurtowej odsprzedaży produktów ogrodnich należy przede wszystkim wskazać na dokonany pomiędzy stronami porozumienia rozdział poszczególnych województw pomiędzy dystrybutorów. Poniższa tabela przedstawia województwa, które zostały przyznane na wyłączność konkretnym dystrybutorom w dwóch okresach tj. tuż po zawarciu porozumienia (moment podpisania umowy) – oznaczony jako etap I (od stycznia 2004 do stycznia 2005 r.) oraz po przystąpieniu w styczniu 2005 r. do porozumienia nowych podmiotów – oznaczony jako etap II.

dystrybutor	etap I	etap II
Res-Gal	podkarpackie, lubelskie, świętokrzyskie	podkarpackie, lubelskie, świętokrzyskie
Green Land	mazowieckie, podlaskie, łódzkie	mazowieckie
Krokus 2	małopolskie, śląskie, opolskie, dolnośląskie	małopolskie, śląskie
Biedronka	pomorskie, warmińsko-mazurskie, kujawsko-pomorskie	pomorskie, warmińsko-mazurskie, kujawsko-pomorskie
Pest-Ario⁵	–	dolnośląskie, opolskie, lubuskie
Biabor	–	podlaskie
Transfer	wielkopolskie, zachodniopomorskie, lubuskie	–

Tab. 2. Województwa przyznane poszczególnym dystrybutorom Ogródów Polskich do wyłącznej dystrybucji w dwóch etapach funkcjonowania porozumienia.

- (73) Przedstawiony w tabeli podział województw pomiędzy poszczególnych dystrybutorów oparty został o postanowienia umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r., a także postanowienia projektu umowy współpracy, o której mowa w pkt 47 decyzji.
- (74) Prezes Urzędu przeanalizował również funkcjonowanie opisanych wyżej ustaleń w praktyce poprzez określenie w jakich województwach mieli siedziby kontrahenci

⁵ Pest-Ario przed przystąpieniem do Ogródów Polskich obsługiwało województwo dolnośląskie, opolskie, a także miało przyznaną możliwość handlu na terenie śląskiego na podstawie umowy współpracy z dnia 28 stycznia 2004 r. zawartej z Przemysławem Janowem prowadzącym działalność gospodarczą Krokus 2 (por. pkt 49 decyzji).

współpracujący z poszczególnymi dystrybutorami współpracujący z nimi w zakresie produktów Ogrodów Polskich. Przedstawione w poniższej tabeli dane prezentują liczbę wszystkich kontrahentów współpracujących z dystrybutorem w zakresie produktów Ogrodów Polskich oraz liczbę kontrahentów, których siedziby znajdują się poza przypisanym temu dystrybutorowi regionem (zgodnie z regionami wskazanymi w tabeli nr 1 zawartej w pkt 72 decyzji). Należy wskazać, że w poniższej analizie jako kontrahenci spoza wyznaczonego regionu nie zostali uwzględnieni zagraniczni kontrahenci stron postępowania, bowiem zarzut dotyczy podziału rynku krajowego, a także jako kontrahenci spoza regionu danego dystrybutora nie były brane pod uwagę pozostałe strony niniejszego postępowania (zdarzały się bowiem przypadki sprzedaży towarów Ogrodów Polskich określonemu dystrybutorowi przez innego dystrybutora).

dystrybutor	liczba kontrahentów dystrybutora	
	wszystkich	spoza wyznaczonego regionu
[informacje utajnione pkt 19 załącznika do decyzji]	297	32
[informacje utajnione pkt 20 załącznika do decyzji]	194	4
[informacje utajnione pkt 21 załącznika do decyzji]	314	7
[informacje utajnione pkt 22 załącznika do decyzji]	188	8
[informacje utajnione pkt 23 załącznika do decyzji]	255	12
[informacje utajnione pkt 24 załącznika do decyzji]	384	2

Tab. 3. Liczba kontrahentów poszczególnych stron postępowania w zakresie produktów Ogrodów Polskich w rozbiciu na kontrahentów z obsługiwanego przez nich regionu i spoza tego regionu.

(75) Z powyższej tabeli wynika, że zdecydowana większość odbiorców dystrybutorów Ogrodów Polskich pochodziła z regionów wyznaczonych w ramach porozumienia. Najwięcej odbiorców spoza wyznaczonego regionu obsługiwał **[informacje utajnione pkt 25 załącznika do decyzji]** – ok. 11 % jego odbiorców miało siedziby poza województwami przypisanymi temu dystrybutorowi. W stosunku do pozostałych dystrybutorów wartości te przedstawiały się następująco: **[informacje utajnione pkt 26 załącznika do decyzji]** 4,7 %, **[informacje utajnione pkt 27 załącznika do decyzji]** 4,2%, **[informacje utajnione pkt 28 załącznika do decyzji]** 2,2 %, **[informacje utajnione pkt 29 załącznika do decyzji]** 2 %, **[informacje utajnione pkt 30 załącznika do decyzji]** – 0,5 % odbiorców miało siedziby poza województwami przypisanymi tym dystrybutorom.

(76) Poniższa tabela przedstawia udział procentowy wartości sprzedaży dokonanej przez danego dystrybutora Ogrodów Polskich do kontrahentów z obsługiwanego przez niego regionu w stosunku do całkowitej wartości sprzedaży produktów Ogrodów Polskich dokonanej przez tego dystrybutora w danym roku⁶. W poniższej tabeli nie została uwzględniona sprzedaż skierowana do zagranicznych kontrahentów stron postępowania, nie została również uwzględniona sprzedaż towarów Ogrodów Polskich dokonywana pomiędzy dystrybutorami.

dystrybutor	2004	2005	2006	2007	2008	2009
[informacje utajnione pkt 31 załącznika do decyzji]	66,2%	90,6%	89,5%	92,2%	95,7%	94,9%
[informacje utajnione pkt 32 załącznika do decyzji]	100%	99,6%	100%	99,5%	99,5%	100%
[informacje utajnione pkt 33 załącznika do decyzji]	–	99,3%	98,3%	98,5%	99,8%	99,9%
[informacje utajnione pkt 34 załącznika do decyzji]	–	94,4%	95,7%	96,4%	95,8%	98,3%
[informacje utajnione pkt 35 załącznika do decyzji]	–	94,8%	99,5%	99,9%	99,9%	99,9%
[informacje utajnione pkt 36 załącznika do decyzji]	–	99,8%	97,8%	99,8%	99,9%	100%

Tab. 4. Procent sprzedaży dokonanej przez danego wspólnika Ogrodów Polskich do kontrahentów z jego regionu w stosunku do całkowitej wartości sprzedaży danego kontrahenta w latach 2004 – 2009.

(77) Z przedstawionych w powyższej tabeli danych wynika, że w ujęciu wartościowym niemal cała sprzedaż kierowana była do odbiorców z obsługiwanego przez danego dystrybutora regionu. Istniały w tej kwestii zaledwie niewielkie odstępstwa sięgające maksymalnie kilku procent. Wyjątkiem w tej kwestii jest jedynie wartość sprzedaży poza obsługiwany region dokonanej przez **[informacje utajnione pkt 37 załącznika do decyzji]** w 2004 r. – aż 33,8 % ogólnej wartości sprzedaży skierowana była do odbiorców spoza regionu tego przedsiębiorcy.

⁶ Należy wskazać, że tabela nie zawiera danych dotyczących 2004 r. w stosunku do niektórych przedsiębiorców, wynika to z faktu, że niektórzy przedsiębiorcy nie współpracowali z Ogrodami Polskimi w 2004 r. – Pest-Ario oraz Biabor, a część nie posiada już danych z 2004 r. (Krokus oraz Biedronka).

- (78) Prezes Urzędu dokonał także ustaleń co do funkcjonowania porozumienia w zakresie podziału podmiotowego krajowego rynku hurtowej odsprzedaży produktów ogrodnich polegającego na ustaleniu, że do ponadregionalnych sieci sklepów detalicznych i sieci hipermarketów dystrybutorzy mogą sprzedawać wyroby ogrodnice tylko w przypadku jednogłosnej pisemnej decyzji wszystkich uczestników porozumienia. W tym celu Prezes Urzędu dokonał analizy, która wykazała, że w latach 2004 – 2009 żaden z dystrybutorów nie współpracował z podmiotami należącymi do wskazanych powyżej kategorii: ponadregionalnych sieci sklepów lub hipermarketów. Jedynie p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 wskazał, że w momencie zawarcia umowy współpracy w styczniu 2004 r. posiadał podpisaną umowę współpracy z siecią supermarketów Krakchemia S.A., z którą współpracę zakończył wraz z przejęciem tego podmiotu przez sieć Castorama (k. 260). Jednakże Krakchemia S.A. nie została wskazana na przedstawionej przez Krokus 2 liście przedsiębiorców, którzy nabywali od Krokus 2 produkty Ogrodów Polskich (k. 2132 – 3134). Ponadto, spółka Ogrody Polskie wskazała, że spółka Green-Land wprowadzała produkty Ogrodów Polskich do sieci hipermarketów E.Leclerc (k. 127), natomiast fakt ten nie znajduje odzwierciedlenia w przedstawionej przez Green-Land liście odbiorców (k. 2637 – 2658).
- (79) Wobec powyższego Prezes Urzędu ustalił, że strony niniejszego postępowania nie współpracowały z odbiorcami należącymi do kategorii ponadregionalnych sieci sprzedaży lub hipermarketów.

Stanowiska stron postępowania

Ogrody Polskie

- (80) Spółka dnia 21 grudnia 2009 r. złożyła wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* – k. 3424 – 3426 (Prezes Urzędu nie uwzględnił tego wniosku z powodów wskazanych w pkt 3 decyzji). We wniosku spółka wskazała, że wraz ze swoimi dystrybutorami zawarła antykonkurencyjne porozumienie polegające na ustalaniu cen odsprzedaży produktów przez nią wytwarzanych oraz podziale terytorialnym krajowego rynku odsprzedaży tych produktów. Strona wskazała, że porozumienie dotyczyło wytwarzanych przez nią nawozów ogrodnich, nasion ogrodnich, mieszanek traw oraz ziemi i kory ogrodniczej. Zdaniem spółki zasięg terytorialny porozumienia objął obszar kraju, a jego celem było ograniczenie konkurencji na poziomie dystrybucji hurtowej.

- (81) Strona wskazała na związek istniejący pomiędzy zawartym porozumieniem a umową współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r., która ustalała mechanizm dystrybucji produktów wytwarzanych przez Ogrody Polskie. Zgodnie ze stanowiskiem strony postępowania umowa współpracy została zawarta przez Ogrody Polskie z następującymi przedsiębiorcami: Green-Land, Res-Gal, Biedronka, p. Przemysławem Janowem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2, a także z p. Sławomirem Zawrockim reprezentującym Transfer. Następnie w lutym 2005 r. do porozumienia dołączyli p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor oraz spółka Pest-Ario.
- (82) Umowa współpracy została przez Ogrody Polskie oceniona jako tzw. porozumienie kartelowe (k. 3425), ponieważ zawierała niezgodne z prawem ochrony konkurencji postanowienia, na mocy których dokonano:
- podziału terytorialnego rynku wraz ze wskazaniem konsekwencji za nieprzestrzeganie zasad podziału rynku,
 - ustalenia cen odsprzedaży produktów Ogródów Polskich.
- (83) W toku postępowania antymonopolowego strona wskazała, że w zakresie ustalania cen odsprzedaży do połowy 2008 r. ceny w cennikach były opracowywane przez Ogrody Polskie w oparciu o analizy ekonomiczne i wskazówki wspólników odnoszące się do tego, w jakiej cenie dany produkt powinien być sprzedany (k. 3031). Ostateczna wersja cennika była przysyłana przez Ogrody Polskie pocztą elektroniczną do dystrybutorów i po akceptacji cennik był wprowadzany w życie (k. 127). Ceny były ustalane najczęściej raz w roku, a podczas ustalania cen strony porozumienia kontaktowały się ze sobą telefonicznie i mailowo. Strona wskazała, że cennik miał dwie postacie: cennik dla dystrybutorów – wyznaczający ceny sprzedaży dla każdego wspólnika oraz cennik dla sklepów (tj. dla odbiorców dystrybutorów) – zawierający ceny, od których dystrybutorzy mogli udzielać rabatów (maksymalny rabat w wysokości 10 %) – k. 127. W opinii strony, zgodnie z postanowieniami umowy rabat mógł być udzielany w wysokości od 5 – 25 % natomiast w praktyce kształtował się mniej więcej na poziomie 10 % (k. 3032). Następnie, w piśmie z dnia 27 września 2010 r. spółka wskazała, że w relacjach pomiędzy dystrybutorami a ich odbiorcami, dystrybutorzy samodzielnie kształtowali ceny oferowanych produktów, a spółka Ogrody Polskie nie ingerowała w te cenniki (k. 3031). W opinii strony decydujący wpływ na proces ustalania cen dla odbiorców dystrybutorów miał p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 (k. 3031).

- (84) Odnosnie do podziału terytorialnego krajowego rynku sprzedaży wyrobów ogrodnich strona wskazała, że rynek ten został podzielony dwukrotnie – po raz pierwszy przed podpisaniem umowy współpracy na przełomie 2003 i 2004 r., a po raz drugi wiosną 2005 r., gdy do spółki przystąpili nowi wspólnicy (k. 127). Strona wskazała, że każdy przypadek dokonania dostawy przez jednego z odbiorców Ogrodów Polskich do podmiotu działającego w regionie przypisanym innemu odbiorcy był niezwłocznie zgłaszany, a następnie wspólnicy między sobą uzgadniali sposób rozwiązania zaistniałej sytuacji (k. 3425). Ponadto, strona wyjaśniła, że zdarzały się przypadki sprzedaży produktów poza region sprzedaży danego dystrybutora, co skutkowało protestami ze strony dystrybutorów, na którego region działania sprzedaż była kierowana (k. 128).
- (85) Spółka wskazała, że obecnie umowa współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. nie jest już stosowana. Umowa ta zgodnie z wyjaśnieniami Ogrodów Polskich przestała w praktyce obowiązywać w 2007 r. natomiast uczestnicy porozumienia zostali przez zarząd spółki Ogrody Polskie poinformowani o nieważności umowy pismem z dnia 20 czerwca 2008 r.

Res-Gal

- (86) Spółka złożyła w dniu 21 grudnia 2009 r. wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Prezes Urzędu nie uwzględnił tego wniosku z powodów wskazanych w pkt 3 decyzji). Stanowisko tej strony postępowania jest zbieżne ze stanowiskiem spółki Ogrody Polskie. Należy bowiem wskazać, że te dwa podmioty w korespondencji z organem antymonopolowym przysyłały niektóre pisma o analogicznej, niemal identycznej treści podpisane odpowiednio przez prezesa zarządu Ogrodów Polskich lub prezesa zarządu Res-Gal.
- (87) Ponad powyższe prezes zarządu Res-Gal wskazał, że antykonkurencyjne porozumienie zostało przygotowane przez p. Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 i przesłane pocztą elektroniczną do pozostałych stron porozumienia, a następnie omówione i skorygowane (k. 3463).
- (88) Następnie przedsiębiorca ten wskazał, że porozumienie podpisane w 2004 r. nie było przez niego realizowane (k. 3360). Przedsiębiorca wskazał również, że do połowy 2006 r. cenniki były opracowywane przez spółkę Ogrody Polskie, po uwzględnieniu wskazówek od dystrybutorów, czyli sugestii w jakich cenach poszczególne produkty powinny znaleźć się na rynku (k. 380). Strona wskazała ponadto, że po powstaniu spółki Ogrody Polskie nastąpiła w niej mocna polaryzacja poglądów co do poziomu cen dla klientów. Res-Gal

wskazał, że był zwolennikiem cen rynkowych i pełnej swobody w zakresie rabatów dla klientów, natomiast pozostali wspólnicy i ówczesny zarząd byli przeciwni i przygotowali umowę z dnia 5 stycznia 2004 r. Spółka wskazała, że przedstawiała Ogrodom Polskim ceny, w jakich na rynku są oferowane konkurencyjne wobec oferty Ogródów Polskich produkty w celu wypracowania właściwej ceny (k. 380).

Green-Land

- (89) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego spółka Green-Land wskazała, że nigdy nie stosowała się do postanowień umowy z dnia 5 stycznia 2005 r. dotyczących jednolitej polityki cenowej oraz wyłączności terytorialnej (k. 17). Spółka wyjaśniła, że sprzedawała produkty Ogródów Polskich w cenach niższych niż założone z powodu bardzo dużej konkurencji na rynku sprzedaży wyrobów ogrodnich. Zdaniem spółki warunki rynkowe oraz specyfika handlu hurtowego w branży ogrodniczej stanowią barierę do zachowań podmiotów, które świadomie ograniczałyby konkurencję lub działały w inny sposób naruszający konkurencję (k. 3341). Strona wskazała również, że dokonywała sprzedaży produktów Ogródów Polskich poza ustalone w umowie terytorium (do odbiorców zlokalizowanych na terenie woj. łódzkiego, warmińsko-mazurskiego, lubelskiego oraz podlaskiego). Strona wyjaśniła również, że największym współpracującym z nią odbiorcą produktów Ogródów Polskich była spółka Agrimatco z Łotwy, która kupowała ok. 90 % sprzedawanych przez Green-Land produktów nawozowych Ogródów Polskich.
- (90) Odnosząc się do cenników obowiązujących w stosunkach pomiędzy Green-Land a Ogrodami Polskimi, strona wskazała, że cenniki te otrzymywała od zarządu Ogródów Polskich i nie ma wiedzy co do sposobu ustalania cen w tych cennikach. Nowe cenniki wydawane były pod koniec roku i przeważnie obowiązywały przez cały rok (k. 2528). W zakresie ustalania cen odsprzedaży spółka wskazała, że Ogrody Polskie proponowały ceny, jakie ma ona stosować w stosunku do swoich odbiorców, jednakże były to ceny ofertowe. Zdaniem strony szeroki system rabatów, jakich strona udzielała swoim kontrahentom sprawiał, że ceny sprzedaży były zróżnicowane, a także niższe od cen ofertowych pochodzących od Ogródów Polskich. Ponadto spółka wskazała, że chcąc wprowadzić na rynek produkty Ogródów Polskich zmuszona była stosować ceny niższe od założonych z powodu bardzo dużej konkurencji (k. 3341).
- (91) Spółka dnia 9 grudnia 2010 r. w ramach programu łagodzenia kar złożyła wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust 1 ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów lub o obniżenie jej wysokości (k. 3676 – 3678). We wniosku spółka wyjaśniła, że pomimo podpisania w 2004 r. porozumienia, którego postanowienia wskazywały na naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w praktyce nie stosowała się do postanowień tego porozumienia (wniosek nie został uwzględniony przez Prezesa Urzędu z powodów wskazanych w pkt 9 decyzji).

Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2

- (92) Pan Przemysław Janow wskazał Prezesowi Urzędu, że przystąpił do umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. zawartej pomiędzy Ogrodami Polskimi a dystrybutorami tej spółki, jednakże umowa ta nie była nigdy przez niego wykonywana (k. 15).
- (93) Pan Przemysław Janow podniósł, że każdy z dystrybutorów stosował własne cenniki oraz zasady udzielania rabatów (k. 257). W toku przeprowadzonej kontroli p. Przemysław Janow wyjaśnił, że prezes zarządu Ogrodów Polskich po uprzedniej konsultacji ze współnikami ustalał sugerowane ceny odsprzedaży zamieszczone w cennikach skierowanych zarówno do dystrybutorów, jak i do kontrahentów dystrybutorów (k. 224). Konsultacje polegały na tym, że dystrybutor przedstawiał Ogrodom Polskim ceny jakie stosują inni uczestnicy rynku, żeby ustalić konkurencyjne ceny umieszczane następnie w cennikach. Cenniki były ustalane na dany sezon, który trwa od stycznia do czerwca. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez p. Przemysława Janowa podczas powstawania spółki Ogrody Polskie zamiarem było, żeby wszyscy dystrybutorzy stosowali się do ustalanych w cennikach cen, natomiast w praktyce żaden z dystrybutorów się do tych cen nie stosował (k. 224).
- (94) Pan Przemysław Janow wyjaśnił, że sprzedaje wszystkie produkty, nie tylko Ogrodów Polskich, z rabatem na poziomie maksymalnie 5 %, ponieważ rabat w tej wysokości jest ogólnie stosowanym rabatem w branży ogrodniczej dla sklepów sprzedaży detalicznej. Wysokość stosowanego rabatu uzależniona jest od: formy płatności (najwyższy za płatność gotówką), wielkości zakupów, terminów płatności, długości współpracy z danym kontrahentem, czy ilości pozycji asortymentowych zakupywanych przez tego kontrahenta (k. 224). Natomiast w piśmie z dnia 19 listopada 2010 r. strona wskazała, że rabat dla podmiotów detalicznych waha się w granicach od 2 do 10 % (k. 3606).
- (95) Odnośnie do podziału rynku p. Przemysław Janow wskazał, że sklepy detaliczne, które obsługuje, znajdują się w promieniu ok. 80 km od jego siedziby. Obszar, na jakim prowadzi on sprzedaż, został wyznaczony po dokonaniu obserwacji rynku i szczegółowej

kalkulacji kosztów dystrybucji. Ponadto wyjaśnił, że nie obsługuje z zasady kontrahentów mających siedzibę w większej odległości ponieważ jest to nieopłacalne ze względu na koszty transportu, które musi pokryć sprzedawca. Strona wyjaśniła, że sporadycznie sprzedawała produkty Ogrodów Polskich odbiorcom – sklepom detalicznym – spoza swojego regionu. W opinii strony z powodu sezonowości sprzedaży dostarczanie na terenie większym jest nieopłacalne, ponieważ wielkość dostaw po sezonie jest zbyt mała i zysk nie pokrywałby nawet kosztów transportu. Zgodnie z wyjaśnieniami strony współpracuje ona ze stałym kręgiem odbiorców i nie wysyła ofert współpracy do dalszych potencjalnych kontrahentów, natomiast w siedzibie przedsiębiorcy sprzedaż odbywa się bez względu na siedzibę kontrahenta przy płatności gotówką (k. 225). Strona podniosła również, że realizacja postanowień umowy w zakresie wyznaczonych jej do obsługi regionów pociągnęłaby za sobą konieczność dokonywania sprzedaży również poza obszar faktycznie prowadzonej działalności, co z kolei wiązałoby się z koniecznością znacznego rozbudowania prowadzonej działalności i poniesienia związanych z tym faktem kosztów (m.in. nabycia środków transportu, zapewnienia zaplecza magazynowego, zatrudnienia dodatkowych pracowników) – k. 259.

(96) W opinii strony postępowanie postanowienie umowy dotyczące zakazu sprzedaży do ponadregionalnych sieci sklepów było potrzebne, żeby któryś ze wspólników nie sprzedawał towarów do sieci sklepów w cenach dumpingowych, czyli cenach poniżej kosztów zakupu obowiązujących dla dystrybutorów. Strona wskazała, że sieci sklepów ofertę sprzedaży zamieszczają w ogólnopolskich gazetkach promocyjnych, w przypadku ukazania się w takiej gazecie ceny na towary wytwarzane przez Ogrody Polskie niższej lub równej cenie oferowanej przez dystrybutorów ich odbiorcom uniemożliwiłoby to prowadzenie dystrybutorom działalności (k. 226). W piśmie z dnia 26 lutego 2010 r. strona wskazała ponadto, że w momencie zawarcia umowy posiadała ona podpisaną umowę sprzedaży z siecią supermarketów Krakchemia S.A., z którą współpraca została zakończona wraz z przejęciem tego podmiotu przez sieć Castorama, która nie chciała kontynuować zawartej umowy. Ponadto strona podniosła, że kilkakrotnie składała ogólnopolskim sieciom sklepów oferty współpracy, które jednak nie zostały przez nie przyjęte (k. 260).

(97) Pan Przemysław Janow wskazał, że umowa współpracy nigdy nie została formalnie rozwiązana, zostało jedynie złożone oświadczenie prezesa zarządu Ogrodów Polskich, że umowa nie obowiązuje, gdyż jest sprzeczna z prawem. Przedsiębiorca ten wskazał, że zakończył współpracę z Ogradami Polskimi w połowie 2008 r., kiedy to spółka Ogrody

Polskie wprowadziła nowy system dystrybucji, do którego nie przystąpił ten przedsiębiorca z powodu znacznie wygórowanych planów zakupów, narzucenia obowiązku zapłaty kary umownej w razie niezrealizowania planów zakupów, braku możliwości uzyskania dywidendy oraz rozpoczęcia współpracy przez Ogrody Polskie z dotychczasowymi odbiorcami Krokus 2 (k. 223).

- (98) Strona podniosła również, że Prezes Urzędu niezasadnie nie zastosował art. 93 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. W opinii strony postępowania początek biegu terminu przedawnienia należy liczyć od dnia zawarcia umowy, co powoduje, że bieg terminu przedawnienia rozpoczął się w styczniu 2004 r. i już upłynął. Ponadto, strona podniosła, że nawet gdyby założyć, że termin przedawnienia rozpoczyna swój bieg z datą faktycznego zaprzestania realizacji postanowień umowy to termin ten także już upłynął, bowiem umowa nigdy nie była wykonywana.

Pest-Ario

- (99) W opinii strony spółka Ogrody Polskie została powołana do koordynacji działań grupy zakupowej. Zadaniem tej spółki było negocjowanie z producentami jak najlepszej ceny zakupu towarów oraz zlecenie pakowania tych towarów w opakowania pod marką stworzoną przez Ogrody Polskie (k. 64). W toku przeprowadzonej kontroli wspólnicy strony postępowania (p. Ryszard Granas i p. Witold Nimiro) wskazali, że spółka Ogrody Polskie wytwarzała produkty tylko dla swoich dystrybutorów będących jednocześnie dystrybutorami w swoim regionie, każdy dystrybutor miał oddzielny region w Polsce (sześć regionów – sześciu dystrybutorów) – k. 229 i k. 245.
- (100) W toku przeprowadzonej kontroli wspólnicy strony postępowania (p. Ryszard Granas i p. Witold Nimiro) wyjaśnili, że zasady dotyczące ustalonych cen odsprzedaży, wysokości rabatów oraz rejonizacji były przestrzegane przez dystrybutorów do około połowy 2008 r., kiedy spółka Ogrody Polskie rozpoczęła sprzedaż produktów z pominięciem dystrybutorów (k. 230 oraz 247).
- (101) W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania antymonopolowego spółka Pest-Ario wskazała, że nigdy nie podpisała umowy współpracy ze spółką Ogrody Polskie i nie brała bezpośredniego udziału w tworzeniu porozumienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie (k. 64). Zarazem zgodnie z wyjaśnieniami strony postępowania wspólnicy Pest-Ario p. Wiesław Nimiro i p. Ryszard

Granas przystąpili do spółki Ogrody Polskie 3 lutego 2005 r., a spółka Pest-Ario zajmowała się odsprzedażą produktów Ogrodów Polskich.

- (102) Spółka Pest-Ario wyjaśniła, że p. Wiesław Nimiro i p. Ryszard Granas obejmując udziały w spółce Ogrody Polskie otrzymali od zarządu tej spółki informacje o ustaleniach cenowych, jednakże nigdy nie byli prawnie zobowiązani do ich respektowania, bowiem nie podpisali umowy współpracy. Strona wskazała również, że Pest-Ario organizowało sprzedaż produktów Ogrodów Polskich według przyjętych przez siebie standardów, mimo nacisków ze strony zarządu Ogrodów Polskich.
- (103) Zgodnie z wyjaśnieniami strony, zakupy w spółce Ogrody Polskie dokonywane były na podstawie oferty cenowej przedstawionej przez zarząd tej spółki. Strona wskazała, że istniał również cennik hurtowy, który sugerował wysokości cen sprzedaży jakie mieli stosować dystrybutorzy, jednakże spółka stosowała własne skalkulowane ceny sprzedaży (k. 64). Natomiast w toku kontroli wspólnicy Pest-Ario (p. Ryszard Granas i p. Witold Nimiro) wskazali, że ceny w ogólnokrajowym cenniku odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich były ustalane przez prezesa zarządu Ogrodów Polskich i odgórnie narzucane. Zgodnie z wyjaśnieniami istniał wspólny cennik przeznaczony do odsprzedaży dla kontrahentów dystrybutorów Ogrodów Polskich skierowany dla dalszych odbiorców będących zarówno detalistami jak i hurtownikami. W zakresie wysokości udzielanych rabatów wspólnicy Pest-Ario wyjaśnili, że wysokość rabatów przyznawanych ich kontrahentom zależała przede wszystkim od rocznego obrotu takiego kontrahenta, natomiast istniały maksymalne wysokości udzielnych rabatów w wysokości ok. 15 – 18 % i wyższych rabatów nie udzielano. Natomiast w stosunku do sklepów prowadzących sprzedaż detaliczną rabaty kształtowały się na poziomie 5 % (k. 229 i 246)
- (104) Odnośnie do podziału rynku sprzedaży produktów ogrodnich strona wyjaśniła w toku postępowania antymonopolowego, że sprzedawała towary Ogrodów Polskich na swoim pierwotnym terenie działania, który był wyznaczony przez wieloletnie doświadczenie oraz uwarunkowania ekonomiczno-logistyczne i zawierał się w promieniu ok. 150 km od Legnicy. Sprzedaż dokonywana na terenie całego kraju miała charakter incydentalny. W toku przeprowadzonej kontroli wspólnicy Pest-Ario wyjaśnili, że w sytuacji gdy zgłosił się do nich odbiorca z regionu przypisanego innemu dystrybutorowi, był przekierowywany do właściwego dystrybutora i nie było możliwości dokonania sprzedaży takiemu odbiorcy z centrali lub przez innego dystrybutora. Od powyższego w opinii wspólników Pest-Ario nie było wyjątków (k. 230, k. 246 i 247).

Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor

- (105) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego strona postępowania wyjaśniła, że w 2005 r. przystąpiła jako wspólnik do spółki Ogrody Polskie. W trakcie Zgromadzenia Wspólników, które odbyło się w 2006 r. spółka Ogrody Polskie przedstawiła wspólnikom projekt nowej umowy współpracy. Umowa ta w opinii p. Tomasza Bortniczuka była dla niego niekorzystna i w związku z tym odmówił jej zawarcia (k. 172). Dalsza współpraca ze spółką Ogrody Polskie toczyła się w oparciu o składane zamówienia (k. 172).
- (106) Strona wskazała, że nigdy nie ustalała ze spółką Ogrody Polskie zasad dotyczących odsprzedaży produktów wytwarzanych przez tę spółkę, a w szczególności nie zobowiązywała się wobec Ogrodów Polskich do terytorialnego ograniczania swej działalności oraz nie zobowiązywała się wobec Ogrodów Polskich do stosowania określonych cen odsprzedaży towarów (k. 172v).
- (107) Pan Tomasz Bortniczuk wskazał również, że nigdy nie stosował żadnych cenników odsprzedaży wyrobów ogrodnich czy też systemów udzielania rabatów ustalonych z innymi przedsiębiorcami działającymi na rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodniczymi (k. 173). Strona wskazała, że otrzymywała cenniki od Ogrodów Polskich, które zawierały kolumnę z sugerowanymi cenami odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, ale strona nigdy tych zaleceń nie brała pod uwagę ponieważ w jej opinii te ceny były zbyt wysokie. Odnosząc się do udzielanych rabatów, strona wskazała, że udzielała rabatów klientom, którzy mieli w poprzednim roku najwyższe obroty oraz którzy dokonywali płatności gotówką. Rabaty stosowane przez stronę dotyczyły nie tylko produktów Ogrodów Polskich ale całego zakupywanego asortymentu, przeważnie były w wysokości 2 % i udzielane były na poszczególnych fakturach (k. 3383v).
- (108) Pan Tomasz Bortniczuk odnosząc się do zarzutu podziału rynku, wyjaśnił, że nie prowadzi działalności na terytorium całego kraju, co wynika z niewielkich rozmiarów tej działalności, a nie z zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia polegającego na podziale rynku. Ponadto wskazał, że nie współpracuje z sieciami sklepów wielkopowierzchniowych bowiem żaden z takich podmiotów nie zwrócił się do niego z propozycją współpracy, a on sam nie dążył do podjęcia współpracy z tymi podmiotami, ponieważ jest on zbyt małym przedsiębiorcą żeby być partnerem dla hipermarketów.
- (109) Strona wskazała, że ostatnia faktura wystawiona przez spółkę Ogrody Polskie wpłynęła do niej dnia 12 czerwca 2008 r. (k. 172v).

- (110) Strona postępowania wniosła o umorzenie postępowania w stosunku do niej z uwagi na fakt, że nigdy nie była ani nie jest uczestnikiem antykonkurencyjnego porozumienia. Ponadto strona wniosła o umorzenie postępowania z powodu upływu 1-rocznego terminu przedawnienia (k. 173).

Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas spółka jawna w Gdańsku

- (111) Strona wyjaśniła, że zajmowała się dystrybucją produktów wytwarzanych przez Ogrody Polskie. Ponadto strona wskazała, że jeden ze wspólników Biedronki – p. Krzysztof Klimas – był również wspólnikiem Ogródów Polskich (k. 2058).
- (112) Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez stronę, cenniki proponowane i stosowane przez spółkę Ogrody Polskie opracowywane były przez prezesa zarządu Ogródów Polskich oraz prezesa zarządu spółki Res-Gal. Strona postępowania wyjaśniła, że nie posiadała jednego, stałego cennika na proponowane przez siebie produkty Ogródów Polskich. Ceny na oferowane produkty ustalane były przez wspólników Biedronki (k. 3059). Zgodnie z wyjaśnieniami strony w obrocie ze swymi kontrahentami posługiwała się ona cennikiem ofertowym, zawierającym proponowane ceny wyjściowe na oferowane wyroby zakupione od spółki Ogrody Polskie, które jednak – w ramach negocjacji handlowych – mogły ulegać zmianom, w zależności od oferty przedstawionej przez potencjalnego nabywcę (k. 3615). Odnośnie do rabatów spółka wskazała, że wpływ na nie mają różne czynniki takie jak: wielkość zamówienia, sposób zapłaty, długość terminu zapłaty oraz okres współpracy z danym klientem. Udzielany przez stronę rabat kształtował się na poziomie od 2 do 20 % (k. 3616).
- (113) Strona jednocześnie wyjaśniła, że nigdy nie wskazywała nikomu rejonu (obszaru), na którym ma dokonywać dystrybucji swych wyrobów, ani też nie stosowała się do niczych wskazań w tym zakresie. Wybór rejonu działania uwarunkowany był dla niej wyłącznie czynnikami ekonomicznymi: przeliczeniem opłacalności dystrybucji wyrobów na danym obszarze (k. 3617).

Sławomir Zawrocki

- (114) Pan Sławomir Zawrocki wskazał, że nigdy nie współpracował ze spółką Ogrody Polskie jako osoba prowadząca działalność gospodarczą, natomiast wyjaśnił, że był wspólnikiem tej spółki do 29 czerwca 2006 r., kiedy nastąpiło przymusowe umorzenie jego udziałów (k. 143). Pan Sławomir Zawrocki wskazał, że umowę współpracy ze spółką

Ogrody Polskie zawarł jako wspólnik spółki Ogrody Polskie, natomiast chcąc się wywiązywać z tej umowy wskazał p. [informacje utajnione pkt 38 załącznika do decyzji] prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą „Transfer” jako dystrybutora produktów Ogrodów Polskich (k. 249). Pani [informacje utajnione pkt 39 załącznika do decyzji] wskazała, że p. Sławomir Zawrocki wskazał ją w umowie jako potencjalnego dystrybutora Ogrodów Polskich, natomiast nie działał w jej imieniu jako pełnomocnik (k. 341).

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

I. Interes publicznoprawny

- (115) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* należy do dziedziny prawa publicznego i jako taka ma zastosowanie w sytuacji zagrożenia interesu 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. Oznacza to, że podstawą do zastosowania przepisów ustawy antymonopolowej jest uprzednie stwierdzenie, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego.
- (116) Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym i w każdej sprawie powinien on być ustalony i konkretyzowany. Prezes Urzędu powinien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej⁷.
- (117) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* ma zastosowanie, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku⁸. Jedynie bowiem w warunkach nieznieskształconej konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw, której istotą jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie.

⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98.

- (118) Zarazem należy podkreślić, że istnienie interesu publicznego musi być oceniane przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań przedsiębiorców na określonym rynku⁹. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym, charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Dobrem objętym ochroną przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza. Realizowana jednocześnie ochrona konsumentów, jako nabywców dóbr i usług oferowanych w warunkach konkurencji jest prowadzona niejako przy okazji. Istotą nieznieskształconej konkurencji jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie. Decyduje o tym wolne i nieskrępowane działanie mechanizmów rynkowych popytu i podaży. Działanie w warunkach konkurencji wymaga niezależności w podejmowaniu decyzji. Grupowe działania przedsiębiorców, które są w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie stosunki rynkowe, mogą prowadzić do zakazanego zniekształcenia konkurencji.
- (119) W tym ujęciu naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub mogło wywołać na rynku niekorzystne – z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego – skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczającym jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki¹⁰, a tym samym ma negatywny wpływ na konkurencję, nawet jeżeli wpływ ten jest rezultatem działań skierowanych tylko przeciw jednemu lub niewielkiej liczbie konkurujących przedsiębiorców.
- (120) W interesie publicznym leży istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych, a zatem działanie ograniczające jej powstanie lub rozwój interes ten narusza¹¹. Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uznał, że w zaistniałym stanie

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt: III SK 40/07.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt: III SK 2/08.

¹¹ Wyrok SOKiK z dnia 21 marca 2005 r., sygn. akt: XVII Ama 16/04.

faktycznym przesłanką naruszenia interesu publicznego została spełniona. Odnosząc powyższe wywody do niniejszej sprawy należy podnieść, że ocena porozumienia zawartego przez spółkę Ogrody Polskie oraz współpracujących z nią dystrybutorów dotyczy naruszenia interesu publicznego, skoro w ramach ocenianego porozumienia jego strony uzgodniły ceny hurtowej odsprzedaży produktów wytwarzanych przez Ogrody Polskie, a ponadto dokonały również podziału rynku sprzedaży tych produktów zarówno w aspekcie podmiotowym jak i terytorialnym. Praktyki przedsiębiorców polegające na ustalaniu cen oraz na podziale rynków uważane są za jedno z najpoważniejszych naruszeń konkurencji, co oznacza, że działania te naruszają interes ogólnospołeczny. Najcięższe naruszenie konkurencji, do których zalicza się porozumienie cenowe, co do zasady wywołuje niekorzystne działania na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję. Porozumienia między producentem a przedsiębiorcami sprzedającymi jego towary mają realny i bezpośredni wpływ na interes ekonomiczny szerokiego kręgu uczestników rynku – nie tylko na same strony porozumienia, ale także na ich konkurentów, a w efekcie na szerokie grono odbiorców końcowych (nabywających produkty w celach związanych z działalnością profesjonalną i dla potrzeb własnych).

- (121) W niniejszej sprawie, Prezes Urzędu stwierdził naruszenie interesu publicznoprawnego. Uzgodnienia dokonywane przez strony zaburzają prawidłowość funkcjonowania mechanizmu konkurencji, a tym samym działania te naruszają interes ogólnospołeczny, co powoduje, że ingerencja Prezesa Urzędu jest w niniejszej sprawie w pełni uzasadniona.

II. Rynek właściwy w sprawie

- (122) Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się zawsze na rynku, przy czym nie chodzi tu o rynek rozumiany ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), ale o rynek relewantny w danej sprawie, tzw. rynek właściwy. Stawiając stronom zarzut zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia na początku należy określić rynek właściwy dla oceny konkretnej sprawy. Przepis art. 4 pkt 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* definiuje pojęcie rynku właściwego jako rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

- (123) W rozpatrywanej sprawie rynkiem właściwym, na którym zawarto antykonkurencyjne porozumienie jest **krajowy rynek wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich**, natomiast celem porozumienia było ograniczenie konkurencji na **krajowym rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodnymi**.
- (124) Uzasadniając powyższe, należy wskazać, co następuje.

II.1. Rynek właściwy w ujęciu produktowym

- (125) Rynkiem produktowym w niniejszej sprawie, zarówno na szczeblu zawarcia porozumienia jak i na szczeblu, na którym porozumienie miało ograniczyć konkurencję jest rynek wszystkich wyrobów ogrodnich. Z punktu widzenia organu antymonopolowego niezasadna byłaby w niniejszej sprawie dalsza segmentacja tego rynku na konkretne rodzaje wyrobów ogrodnich, do których zalicza się: nawozy, podłoża, nasiona, środki ochrony roślin, narzędzia, a także wyroby dekoracyjne np. donice.
- (126) Wyznaczenie zakresu rynku właściwego w ujęciu produktowym należy przede wszystkim odnieść do szczebli obrotu, na których działają strony niniejszego postępowania. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przy określaniu rynku właściwego należy obok produktu na nim oferowanego wziąć również pod uwagę szczebel obrotu towarowego¹². **Porozumienie pomiędzy stronami niniejszego postępowania zostało zawarte na szczeblu wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich, a więc w zakresie relacji producent – bezpośredni dystrybutorzy.** Porozumienie zostało zawarte przez producenta wyrobów ogrodnich i współpracujących z nim dystrybutorów, którzy w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności gospodarczej zajmują się hurtową odsprzedażą wyrobów ogrodnich. Porozumienie to **miało natomiast na celu ograniczenie konkurencji na szczeblu odsprzedaży prowadzonej przez dystrybutorów produktów Ogrodów Polskich.** Na tym szczeblu stronę podażową tworzą dystrybutorzy zajmujący się hurtową odsprzedażą szerokiej gamy wyrobów ogrodnich, a od strony popytowej szczebel ten kreują odbiorcy dystrybutorów, którzy w większości prowadzą sprzedaż detaliczną produktów nabywanych od dystrybutorów, ale także przykładowo są dalszymi sprzedawcami hurtowymi (por. tab. nr 1). Wobec powyższego należy wskazać, że szczebel obrotu, na którym zawarto porozumienie nie jest tożsamy ze szczeblem, na którym miało nastąpić ograniczenie konkurencji.

¹² Wyrok SOKiK z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 130/04.

- (127) Z punktu widzenia użytkownika końcowego rozważać można, czy przedmiotowy rynek nie wymaga węższej segmentacji, zarówno pod względem przedmiotowym jak i podmiotowym. Należy bowiem wskazać, że rynek wyrobów ogrodniczych może zostać podzielony na konkretne kategorie produktów wskazane punkcie 125 decyzji ze względu na odmienne przeznaczenie tych produktów. Ewentualny podział może też zostać dokonany ze względu na charakter ostatecznego odbiorcy: na rynek wyrobów przeznaczonych dla profesjonalistów (sadowników i szkółkarzy) oraz dla hobbystów (konsumentów), ponieważ działający na krajowym rynku producenci wyrobów ogrodniczych mają różne produkty dedykowane konkretnym kategoriom odbiorców. Jednakże ze względu na różnorodność produktów znajdujących się w ofercie stron postępowania, a także ze względu na szczeble obrotu, na których działają strony niniejszego postępowania (wprowadzanie do obrotu, a następnie hurtowa sprzedaż) organ antymonopolowy przyjął jako właściwy rynek wszystkich produktów ogrodniczych bez ich dalszej segmentacji na konkretne produkty i bez względu na ich dedykację dla określonych kategorii odbiorców. Należy bowiem wskazać, że w niniejszej sprawie relacje pomiędzy producentem, który wytwarza różne rodzaje wyrobów ogrodniczych a dystrybutorami prowadzącymi hurtową odsprzedaż tych wyrobów obejmują całość towarów wytwarzanych przez producenta bez podziału na konkretne kategorie tych produktów. Także relacje pomiędzy dystrybutorami i ich odbiorcami nie zawężają się do konkretnych produktów tylko obejmują swoim zasięgiem cały wachlarz różnych wyrobów ogrodniczych znajdujących się w ofercie dystrybutorów.
- (128) Uznając, że towarem, z uwagi na który należy zdefiniować rynek właściwy są wyroby ogrodnicze, które to pojęcie stanowi zbiór produktów, jakie są wykorzystywane w ogrodzie i obejmuje zróżnicowany katalog towarów, Prezes Urzędu uwzględnił, że przedmiotem porozumienia analizowanego w niniejszej sprawie jest ustalenie polityki cenowej oraz wprowadzenie podziału rynku przez przedsiębiorców w odniesieniu do ww. produktów spółki Ogrody Polskie. Przy czym strony nie dokonały precyzyjnego określenia dystrybuowanego asortymentu tych produktów. W ocenie Prezesa Urzędu ta okoliczność oddaje specyfikę branży, z jaką mamy w tym wypadku do czynienia. Przedsiębiorcy działający na omawianym rynku dążą bowiem do posiadania w swojej ofercie pełnej gamy produktów ogrodniczych. Ich oferta ma zatem charakter kompleksowy i nie ogranicza się do sprzedaży tylko jednego produktu, który można zaliczyć do ww. katalogu artykułów (np. wyrobów dekoracyjnych). Wynika to także z tego, że dystrybutorzy wyrobów ogrodniczych będący stronami postępowania nie są

producentami tych towarów, a w związku z tym, w swojej ofercie mają produkty różnego rodzaju pochodzące od różnych producentów, którzy wytwarzają różne produkty. Oferując szeroką gamę wyrobów ogrodnich, dystrybuując je przedsiębiorcy odpowiadają tym samym na zapotrzebowanie rynku. Odbiorcy tych produktów oczekują bowiem możliwości zakupu w jednym miejscu, u jednego dostawcy różnych artykułów z powyższej kategorii. Jako przykład można wskazać sklepy detaliczne, czy hurtownie ogrodnicze zaopatrujące się w różny asortyment u danego dostawcy, czy też finalnych odbiorców, którzy na własne potrzeby zakupują nie tylko np. podłoża, ale także środki ochrony roślin i narzędzia.

- (129) Z uwagi na powyższe za rynek właściwy, na którym zawarto porozumienie uznano rynek wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich, natomiast celem porozumienia było ograniczenie konkurencji na rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodnymi.

II.2. Rynek właściwy w ujęciu geograficznym

- (130) Rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest obszar, na którym warunki konkurencji, dotyczące danego towaru, są dostatecznie jednorodne i który można odróżnić od obszarów 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.
- (131) W niniejszej sprawie organ antymonopolowy uznał, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, na którym zostało zawarte porozumienie, a także na którym miało nastąpić ograniczenie konkurencji jest obszar Polski.
- (132) Odnosząc się do rynku, na którym zawarto porozumienie, należy wskazać, że za krajowym wymiarem tego rynku przemawia przyjęty przez producenta i dystrybutorów system dystrybucji, który swym zasięgiem objął cały kraj. Krajowy rynek został podzielony na regiony obsługiwane przez konkretnych dystrybutorów. Poprzez ten podział każdy z dystrybutorów uzyskał do wyłącznej obsługi wydzielone terytorium; suma terytoriów składała się na obszar prawie całego kraju (por. tab. nr 2).
- (133) Również rynek hurtowego obrotu wyrobami ogrodnymi w niniejszej sprawie w opinii organu antymonopolowego ma wymiar krajowy. Należy wskazać, że na szczeblu

hurtowej odsprzedaży produktów ogrodnich strony porozumienia przydzieliły poszczególnym wyłącznym dystrybutorom konkretne województwa dokonując podziału całego terytorium kraju. Konsekwencją wskazanego podziału pomiędzy wyłącznych dystrybutorów było także ustalenie jednolitych cen hurtowej odsprzedaży wyrobów ogrodnich, które stosowane były na terytorium całego kraju. Należy również wskazać, że także pewne cechy strony popytowej rynku hurtowej sprzedaży produktów ogrodnich wskazują na zasięg krajowy tego rynku. Na rynku tym funkcjonują odbiorcy (np. sieci handlowe dokonujące zakupów w sposób scentralizowany), których zasięg działania obejmuje cały kraj, lub też tacy których zasięg działania jest co najmniej ponadlokalny (np. dalsi hurtownicy). Powyższe, zdaniem Prezesa Urzędu przemawia za zasadnością uznania krajowego wymiaru rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodnymi.

(134) Podobne podejście do geograficznego aspektu rynków hurtowego obrotu określonymi dobrami Prezes Urzędu zaprezentował także w decyzji¹³, w której uznał że rynek właściwy dla hurtowego obrotu sprzętem elektronicznym w ujęciu geograficznym należy zdefiniować jako krajowy. Oceniając, że rynek ten nie jest w swym zasięgu węższy tj. lokalny czy regionalny, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że odbiorcy sprzętu elektronicznego pochodzą z całej Polski, nie występują istotne różnice warunków konkurencji na różnych obszarach kraju, a właściwości produktu nie ograniczają możliwości transportu.

(135) Podsumowując powyższe rozważania, Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym, na którym zawarto antykonkurencyjne porozumienie jest krajowy rynek wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich, natomiast celem porozumienia było ograniczenie konkurencji na krajowym rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodnymi.

(136) Na zakończenie należy również zasygnalizować, że określenie rynku właściwego w przypadku zawarcia przedmiotowego porozumienia jest zagadnieniem ubocznym. W świetle wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹⁴ 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). W związku z powyższym należy wskazać, że porozumienie zawarte

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 1 sierpnia 2006 r., nr DOK 86/06.

¹⁴ Wyrok SOKiK z dnia 14 lutego 2007 r., sygn. akt: XVII Ama 98/06.

między stronami niniejszego postępowania miało na celu ustalanie cen odsprzedaży i podział rynku i w związku z tym nie podlega wyłączeniu na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (art. 7 ust. 2 wskazanej ustawy).

III. Naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

(137) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Stosownie do ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zakazane są w szczególności porozumienia polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu i sprzedaży towarów (art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy), a także porozumienia polegające na podziale rynków zbytu lub zakupu (art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy).

(138) W celu ustalenia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, Prezes Urzędu musi ustalić następujące przesłanki:

- zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami,
- cel lub skutek porozumienia w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- niepodleganie porozumienia wyłączeniu spod zakazu.

III.1. Zawarcie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami

(139) Zdaniem Prezesa Urzędu ustalone okoliczności niniejszej sprawy jednoznacznie wskazują na to, że w zakresie określonym w sentencji decyzji doszło do zawarcia przez wskazane w sentencji decyzji strony niniejszego postępowania antykonkurencyjnego porozumienia w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

III.1.a. Porozumienie

(140) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje trzy różne formy, jakie może przybrać zakazane przez prawo konkurencji porozumienie. Stosownie do art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przez porozumienie rozumie się:

- a. **umowy** zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów;
- b. **uzgodnienia** dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki;

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

- (141) Wobec powyższego należy wskazać, że powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia o ile są antykonkurencyjne są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w znaczeniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Należy również odwołać się do orzecznictwa unijnego, w którym wielokrotnie wskazywano, że do ustalenia zawarcia porozumienia „wystarczające jest, że przedsiębiorcy wyrazili swoją wspólną intencję zachowania się na rynku w określony sposób”¹⁵. Zatem kluczową kwestią jest ustalenie zgodności woli pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami. Forma jaką ta zgodność woli przybierze jest nieistotna, tak długo jak stanowi wyraz intencji stron¹⁶.
- (142) W niniejszym postępowaniu antykonkurencyjne porozumienie obejmuje dwa elementy z definicji zawartej w art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*: umowę oraz uzgodnienia. Umowa jest czynnością prawną, której ważność i skuteczność uzależniona jest od warunków przewidzianych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (Dz. U. Nr 16, poz. 93), a istotą każdej umowy jest złożenie przez co najmniej dwie lub więcej stron oświadczeń woli wyrażających zamiar podjęcia określonych działań¹⁷. Jako porozumienia w rozumieniu prawa antymonopolowego mogą być rozpatrywane wszelkie umowy występujące w obrocie, o ile zawierane są między przedsiębiorcami. Natomiast w definicji uzgodnionej praktyki na pierwszy plan wysuwają się przede wszystkim dwa elementy: koordynacja zachowań oraz brak niepewności co do zachowania konkurentów. Praktyki uzgodnione pozbawiają działania przedsiębiorców spontaniczności w zakresie reakcji na posunięcia konkurentów¹⁸. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego: „istotą uzgodnionych zachowań jest 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. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków

¹⁵ Wyrok Sądu w sprawie T-7/89 *SA Herkules Chemicals NV przeciwko Komisji*, wyrok Sądu w sprawie T-305/94 *NV Limburgse Wijn Maatschappij przeciwko Komisji*.

¹⁶ Wyrok Sądu w sprawie T-41/96 *Bayer AG przeciwko Komisji*.

¹⁷ A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* ... s. 164.

działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. (...) Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji”¹⁹.

- (143) W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją gdy w stosunku do części stron postępowania udział w porozumieniu wynika z faktu podpisania umowy z 2004 r., a wobec części – z samego faktu uczestnictwa w systemie dystrybucji Ogrodów Polskich na zasadach wynikających z umowy z 2004 r. i późniejszych uzgodnień. W tym zakresie porozumienie przybiera formę uzgodnień w rozumieniu art. 4 pkt 5 ppkt b ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Organ antymonopolowy wyraźnie rozróżnia więc to, którzy przedsiębiorcy zawarli w 2004 r. umowę współpracy (Ogrody Polskie, Krokus 2, Green-Land, Res-Gal, Biedronka) oraz zakres podmiotowy stwierdzonego antykonkurencyjnego porozumienia, który obejmował również dystrybutorów działających na podstawie uzgodnień (Pest-Ario oraz Biabor). W opinii organu antymonopolowego podpisanie przez część stron postępowania umowy współpracy było czynnością wtórną wobec zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia w rozumieniu przepisów antymonopolowych. Należy bowiem wskazać, że umowa jest pojęciem węższym od antykonkurencyjnego porozumienia i w niniejszym postępowaniu organ antymonopolowy stoi na stanowisku, że podpisanie umowy współpracy było tylko elementem zawartego porozumienia. Należy podkreślić, że w świetle postanowień ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* fakt podpisania umowy nie jest przesłanką konieczną dla uznania, że dana strona postępowania była zarazem stroną antykonkurencyjnego porozumienia, natomiast taką przesłanką jest uczestniczenie w ukształtowanym w antykonkurencyjny sposób systemie dystrybucji produktów Ogrodów Polskich. Określając formę przedmiotowego porozumienia, należy mieć na względzie nie tylko formalnie zawartą umowę współpracy, która stworzyła fundament funkcjonowania tego porozumienia, ale także kolejne czynności podejmowane przez strony postępowania, które przybrały postać uzgodnień i mimo braku sformalizowanego ich ujęcia w formie umowy w opinii Prezesa Urzędu są one wyrazem zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Stąd też, w opinii Prezesa Urzędu przystąpienie do przedmiotowego porozumienia w lutym 2005 r. przez Pest-Ario oraz Biabor, pomimo braku podpisania

¹⁸ A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz ...* s. 174.

przez tych przedsiębiorców dokumentu umowy współpracy, nie wpływa na ocenę ich uczestnictwa w porozumieniu. Przedsiębiorcy ci przyjęli bowiem w sposób faktyczny zasady funkcjonowania systemu dystrybucji wyrobów ogrodnich Ogrodów Polskich.

(144) Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że opisane w decyzji relacje między stronami postępowania należy uznać za porozumienie w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Nie wszystkie strony porozumienia były zarazem stronami zawartej w styczniu 2004 r. umowy współpracy, jednakże wszystkie strony rzeczywiście funkcjonowały w ramach przyjętego mechanizmu dystrybucji. Jednocześnie należy wskazać, że przyjmuje się, że ustalenia pomiędzy konkurentami stanowią zakazane porozumienie, nawet w sytuacji, gdy nie opisują w szczegółowy sposób działania, wystarczające jest, gdy ustanawiają ogólne ramy, stosownie do których przedsiębiorcy przestaną działać niezależnie na rynku²⁰.

(145) Podsumowując, mieszany charakter podstaw podjętej przez strony postępowania kooperacji opierającej się zarówno na zawartej umowie, ale także na realnej współpracy pomiędzy Ogrodami Polskimi, Krokus 2, Green-Land, Res-Gal, spółką Biedronka, Pest-Ario oraz Biabor i przyjęcie przez tych przedsiębiorców jednolitych zasad postępowania w ramach hurtowej odsprzedaży wyrobów ogrodnich Ogrodów Polskich składa się na kompleksowy obraz zawartego w niniejszej sprawie porozumienia.

III.1.b. Zakres podmiotowy porozumienia

(146) Z porozumieniem ograniczającym konkurencję mamy do czynienia, gdy jest ono zawarte pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi od siebie przedsiębiorcami. W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu ustalił, że uczestnikami porozumienia byli niżej wskazani przedsiębiorcy, będącymi stronami postępowania w tej sprawie:

- Ogrody Polskie,
- Green-Land,
- Pest-Ario,
- Biedronka,
- p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2,
- Res-Gal,
- p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt: VI ACa 1146/04.

²⁰ J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, second edition, Oxford University Press, 2007, s. 196.

- (147) Artykuł 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że przedsiębiorcą w rozumieniu ww. ustawy jest m.in. przedsiębiorca w rozumieniu ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*. Natomiast zgodnie z ustawą *o swobodzie działalności gospodarczej* przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. W niniejszej sprawie stronami porozumienia są przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*. Wśród nich są trzej przedsiębiorcy posiadający osobowość prawną zorganizowani w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (Green-Land, Ogrody Polskie oraz Res-Gal), dwaj przedsiębiorcy będący jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, zorganizowani w formie spółki jawnej (Biedronka oraz Pest-Ario), a także dwaj przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi (p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 oraz p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biabor). W świetle powyższego należy stwierdzić, że podmioty wskazane w pkt 146 niniejszej decyzji spełniają przesłanki konieczne do uznania ich za przedsiębiorców w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a tym samym posiadają bierną legitymację do występowania jako strona postępowania antymonopolowego.
- (148) Nie budzi wątpliwości udział w porozumieniu spółki Ogrody Polskie wytwarzającej produkty będące przedmiotem porozumienia. Spółka ta jest samodzielnym przedsiębiorcą niezależnie od tego, że została powołana przez swoich dystrybutorów w celu umocnienia ich pozycji negocjacyjnej w kontaktach z dostawcami półproduktów do produktów sprzedawanych następnie pod marką Ogrodów Polskich. Należy mieć na uwadze, że przynajmniej w początkowej fazie istnienia spółki zajmowała się ona nie tylko wytwarzaniem produktów pod swoimi markami ale także importem produktów innych przedsiębiorców. Działalność Ogrodów Polskich stanowiła podstawę do funkcjonowania opracowanego i przyjętego przez dystrybutorów mechanizmu dystrybucji. Bezdyskusyjne bowiem jest, że bez produktów wprowadzanych przez Ogrody Polskie do obrotu nie powstałby system dystrybucji, którego zasady podlegają ocenie w niniejszej decyzji. Wobec tego należy uznać, że przedsiębiorca ten niejako integrował dystrybutorów w ramach przyjętych mechanizmów współpracy.
- (149) Niewątpliwy jest też udział w porozumieniu spółek Green-Land oraz Res-Gal, były one bowiem zarówno współnikami spółki Ogrody Polskie, stronami umowy współpracy ze stycznia 2004 r. jak i faktycznymi dystrybutorami produktów Ogrodów Polskich.

- (150) Stroną przedmiotowego porozumienia był również p. Przemysław Janow prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2. Należy wskazać, że był on zarówno współnikiem spółki Ogrody Polskie, a ponadto w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej zajmował się dystrybucją produktów Ogrodów Polskich. Był on również stroną umowy współpracy, a przez niektóre strony postępowania był wskazywany jako inicjator zawarcia porozumienia (Res-Gal i Ogrody Polskie).
- (151) W ocenie Prezesa Urzędu nie budzi wątpliwości udział w niniejszym porozumieniu również spółki Biedronka, która aktywnie uczestniczyła w systemie dystrybucji produktów Ogrodów Polskich. Spółka ta była stroną umowy współpracy zawartej w styczniu 2004 r., a ponadto współnik spółki Biedronka p. Krzysztof Klimas był również współnikiem Ogrodów Polskich.
- (152) W opinii organu antymonopolowego niewątpliwy był również udział w porozumieniu spółki Pest-Ario, której wspólnicy zostali również współnikami Ogrodów Polskich. Spółka ta nie była stroną umowy współpracy, jednakże funkcjonowała ona w ramach systemu dystrybucji produktów Ogrodów Polskich. Na udział tej spółki w porozumieniu wskazywały także spółki Ogrody Polskie i Res-Gal, które wyjaśniły, że Pest-Ario dołączyła do porozumienia w lutym 2005 r. (k. 3424 oraz 3462).
- (153) Ostatnim spośród stron postępowania uczestnikiem rozpatrywanego porozumienia był p. Tomasz Bortniczuk prowadzący działalność pod nazwą Biabor. Przystąpił on do spółki Ogrody Polskie w 2005 r. i był on dystrybutorem produktów wytwarzanych przez tę spółkę. Przedsiębiorca ten jako uczestnik porozumienia został również wskazany przez Ogrody Polskie oraz Res-Gal (k. 3424 oraz 3462).
- (154) Podsumowując Prezes Urzędu oparł swe ustalenia przede wszystkim na funkcjonowaniu stron postępowania w ramach przyjętego systemu dystrybucji produktów Ogrodów Polskich i faktycznej współpracy konkretnych przedsiębiorców z Ogradami Polskimi. Sprawą wtórną w ocenie organu antymonopolowego były powiązania osobowe lub kapitałowe pomiędzy dystrybutorami a Ogradami Polskimi oraz fakt podpisania umowy współpracy, które wyjaśniały motywy funkcjonowania antykonkurencyjnego porozumienia oraz określały w sposób sformalizowany zasady funkcjonowania systemu dystrybucji produktów Ogrodów Polskich natomiast nie przesądzały o uczestnictwie w nim. Przesłanką najistotniejszą, a zarazem warunkującą uczestnictwo danego przedsiębiorcy w antykonkurencyjnym porozumieniu, był jego udział w systemie dystrybucji produktów Ogrodów Polskich ukształtowanym w sposób sprzeczny z prawem ochrony konkurencji.

- (155) W tym miejscu Prezes Urzędu pragnie uzasadnić ocenę, że zawierając kwestionowane porozumienie, jego strony, tj. spółka Ogrody Polskie i poszczególni dystrybutorzy będący stronami postępowania, działali jako niezależni przedsiębiorcy. Jak zostało już w niniejszej decyzji wskazane, pomiędzy spółką Ogrody Polskie a jej dystrybutorami istniały pewne powiązania kapitałowe i osobowe. Forma i zakres tych powiązań nie niweczy jednak wniosku, że zawierając porozumienie, jego strony były niezależne względem siebie. Świadczą o tym następujące okoliczności.
- (156) Po pierwsze należy zauważyć, że przedsiębiorcy zawierający porozumienie, tj. Ogrody Polskie i ich dystrybutorzy, nie tworzyli grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawierającego definicję grupy kapitałowej. W świetle tego przepisu przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Pomiedzy przedsiębiorcami należącymi do grupy kapitałowej zachodzi stosunek zależności i dominacji, w którym jedna ze stron ma możliwość dokonywania kontroli nad inną stroną. Przez kontrolę rozumie się możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę²¹.
- (157) Zgodnie z definicją ustawową, warunkiem uznania, że kilku przedsiębiorców tworzy grupę kapitałową, jest sprawowanie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad kilkoma przedsiębiorcami przez jednego przedsiębiorcę. Taka sytuacja nie zaistniała w niniejszej sprawie, w której porozumienie zostało zawarte w sytuacji, w której udziały w spółce Ogrody Polskie były podzielone między poszczególnych dystrybutorów, bądź osoby fizyczne będące wspólnikami dystrybutorów.
- (158) Związki między stronami porozumienia nie są również tego rodzaju, by móc uczestników postępowania w niniejszej sprawie traktować jako jeden podmiot gospodarczy (ang. *single economic unit*), które to pojęcie ukształtowało się na gruncie prawa konkurencji Unii Europejskiej.
- (159) Pojęcie *single economic unit* zakłada wyłączenie zastosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień w stosunku do porozumień pomiędzy przedsiębiorstwem zależnym i dominującym należącymi do tej samej grupy, w ramach której przedsiębiorstwa zależne nie mają rzeczywistej swobody określania swego postępowania na rynku.

²¹ K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008 r., s. 237.

- (160) Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, że z jednej strony w niniejszej sprawie niewątpliwie istniały pomiędzy dystrybutorami a Ogrodami Polskimi powiązania kapitałowe i osobowe: bezpośrednie powiązania kapitałowe istniały pomiędzy Ogrodami Polskimi a częścią jej dystrybutorów, którzy zarazem byli jej wspólnikami – Green-Land, Res-Gal, p. Przemysławem Janowem oraz p. Tomaszem Bortniczukiem (wskazani przedsiębiorcy posiadali udziały w kapitale zakładowym Ogrodów Polskich), natomiast powiązania osobowe istniały pomiędzy Ogrodami Polskimi a pozostałymi dystrybutorami (spółką Pest-Ario, której wszyscy wspólnicy byli zarazem wspólnikami Ogrodów Polskich oraz spółką Biedronka, której tylko jeden wspólnik był zarazem wspólnikiem Ogrodów Polskich).
- (161) Z drugiej jednak strony w opinii organu antymonopolowego opisane powyżej powiązania nie były tego rodzaju, by niweczyły uznanie niezależności Ogrodów Polskich względem dystrybutorów. Należy bowiem wskazać, że same jakiegokolwiek powiązania kapitałowe lub osobowe między przedsiębiorcami nie są wystarczające, by uznać je za jeden organizm gospodarczy²².
- (162) Należy podkreślić, że poza opisanymi wyżej powiązaniami kapitałowymi, między Ogrodami Polskimi a dystrybutorami nie istniały inne dodatkowe powiązania, które w prawie UE są uznawane za istotne z punktu widzenia zakwalifikowania podmiotów jako *single economic unit*. Brak jest w niniejszej sprawie powiązań personalnych między organem wykonawczym Ogrodów Polskich a dystrybutorami, która to okoliczność uznawana jest za istotną w orzecznictwie unijnym²³.
- (163) Za uznaniem niezależności Ogrodów Polskich względem dystrybutorów przemawia również autonomiczność podjętej przez spółkę decyzji o zmianie systemu dystrybucji (por. stanowisko Ogrodów Polskich skierowane do dystrybutorów – k. 3547), w szczególności wobec sprzeciwu części dystrybutorów (por. wyjaśnienia p. Przemysława Janowa k. 223, 3546, wyjaśnienia Pest-Ario dotyczące niezależnej od dystrybutorów polityki prowadzonej przez prezesa zarządu Ogrodów Polskich k. 230). Brak zgody większości dystrybutorów (z wyjątkiem Res-Gal) na nowe warunki współpracy zaproponowane przez Ogrody Polskie w połowie 2008 r. spowodował, że zaprzestali oni współpracy z tą spółką.

²² Decyzja Komisji z 15 maja 1991 r. w sprawie nr IV/32186 *Gosmé/Martell-DMP*, oraz wyrok Sądu w sprawie T-141/89 *Tréfileurope Sales SARL*.

²³ Wyrok TS w sprawach w połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P *Dansk Rorindustri A/S, Henss/Isoplus group i inni*.

- (164) Powyższe okoliczności w opinii organu antymonopolowego świadczą o niezależności Ogrodów Polskich wobec dystrybutorów. Należy wskazać, że zgodnie z doktryną jednego podmiotu gospodarczego podstawowe znaczenie ma zakres swobody przedsiębiorców powiązanych względem siebie. Należy wskazać, że im większa swoboda, tym powiązania wobec grupy luźniejsze co prowadzi do zanegowania faktu istnienia grupy, a tym samym niemożności zastosowania doktryny jednego podmiotu gospodarczego²⁴.
- (165) Również zakres prowadzonych przez dystrybutorów działalności przemawia przeciw możliwości uznania stron niniejszego postępowania jako jednego podmiotu gospodarczego. Należy wskazać, że w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości jako odrębne przedsiębiorstwa należy potraktować producenta i działających na jego rzecz agentów, jeżeli obok pośrednictwa w handlu towarami danego producenta, agenci prowadzą także dodatkową, szeroko zakrojoną, autonomiczną działalność handlową²⁵. Odnosząc to do niniejszej sprawy należy wskazać, że dystrybutorzy Ogrodów Polskich nie koncentrowali swojej działalności jedynie na odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, ale posiadali również w swojej ofercie szeroką gamę wyrobów ogrodnich wytwarzanych przez innych producentów. Przykładowo w przypadku spółki Green-Land biorąc pod uwagę wysokość obrotów ogółem sprzedaż produktów Ogrodów Polskich nie przekraczała 1,5 % (k. 3677), procentowy udział towarów Ogrodów Polskich w obrocie Pest-Ario wynosił ok. 8 % (k. 64), natomiast z całego asortymentu Krokus 2 produkty Ogrodów Polskich stanowiły maksymalnie 11 % (w 2007 r.) – k. 255. Oznacza to, że działalność poszczególnych dystrybutorów nie ograniczała się do towarów Ogrodów Polskich, tylko obejmowała swoim zakresem znaczną ilość wyrobów ogrodnich konkurencyjnych wobec oferty Ogrodów Polskich.
- (166) Nie budzi również wątpliwości, że każdy z dystrybutorów będących stronami postępowania w niniejszej sprawie był samodzielny i niezależny względem innych dystrybutorów. Za uznaniem niezależności tych podmiotów przemawia fakt, że każdy z nich na własny rachunek i ryzyko prowadził działalność gospodarczą. Nie istniały również żadne powiązania osobowe czy kapitałowe bezpośrednio pomiędzy poszczególnymi dystrybutorami.
- (167) W podsumowaniu należy uznać, że porozumienie w niniejszej sprawie zostało zawarte pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami.

²⁴ M. Będkowski – Koziół (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz ...* s. 277.

III.1.c. Charakter porozumienia

- (168) Porozumienia ograniczające konkurencję mogą mieć charakter wertykalny (pionowy) lub horyzontalny (poziomy). Porozumienia wertykalne zawierane są pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, natomiast porozumienia horyzontalne zawierane są pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego. Należy wskazać, że podział porozumień na pionowe i poziome ma charakter pozaustawowy, jednakże prawidłowe zakwalifikowanie danego porozumienia rzutuje na możliwość ewentualnego wyłączenia porozumienia spod zakazu na podstawie art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i na podstawie rozporządzenia z dnia 19 listopada 2007 r. *w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*²⁶ oraz na wysokość kary.
- (169) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że zostało zawarte **porozumienie o charakterze wertykalnym**, czyli porozumienie pomiędzy podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu. Przedsiębiorcy działający na szczeblu hurtowej sprzedaży wyrobów ogrodnich zawarli bowiem antykonkurencyjne porozumienie dotyczące cen i podziału rynku sprzedaży tych wyrobów z ich producentem, a więc z podmiotem działającym na wyższym szczeblu obrotu. Wobec powyższego należy przyjąć wertykalny charakter porozumienia.
- (170) Jednocześnie należy mieć na uwadze, że przedmiotowe porozumienie formalnie zakwalifikowane jako wertykalne w rzeczywistości **oddziaływało na rynek w sposób typowy dla porozumienia horyzontalnego**. Celem porozumienia było ograniczenie konkurencji na szczeblu hurtowej odsprzedaży dokonywanej przez dystrybutorów, czyli odnosiło się do relacji pomiędzy konkurentami, co w opinii organu antymonopolowego wprowadza do tego porozumienia element horyzontalny. Porozumienie oddziaływało bowiem na stosowane przez każdego z dystrybutorów ceny odsprzedaży towarów oraz ograniczało wzajemne konkurowanie przez dystrybutorów na przydzielonych im odrębnych obszarach. Cechą odróżniającą rozpatrywane porozumienie od typowych dystrybucyjnych porozumień wertykalnych jest również to, że podczas gdy w tych ostatnich dominują relacje bilateralne (producent zawiera szereg umów współpracy z poszczególnymi dystrybutorami), w niniejszej sprawie zasady współpracy zostały

²⁵ Por. wyrok TS w połączonych sprawach od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73, 114/73 *Suiker Unie i inni przeciwko Komisji*, wyrok TS w sprawie 311/85 *Vereniging van Vlaamse Reishureaus przeciwko Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*.

²⁶ Dz. U. Nr 230, poz. 1691.

uksztaltowane pomiedzy wszystkimi podmiotami dzialajacymi w ramach systemu dystrybucji produktow Ogrodow Polskich. Ta okolicznosc jest wiec przejawem nacechowania rozpatrywanego porozumienia elementami typowymi dla porozumien horyzontalnych.

(171) Powyzsze w opinii Prezesa Urzedu nie niweczy zasadnosci zakwalifikowania niniejszego porozumienia jako wertykalnego, a jedynie wprowadza do tego porozumienia horyzontalne elementy. Nalezzy bowiem podkreslic (co juz bylo podnoszone), ze porozumienie zostalo zawarte pomiedzy przedsiebiorcami dzialajacymi na roznych szczeblach obrotu (relacje producent – dystrybutorzy). Ponadto, spolka Ogrody Polskie nie tylko wytwarzala produkty dystrybuowane przez pozostale strony porozumienia, ale takze koordynowala kooperacje pomiedzy dystrybutorami (polegalo to przede wszystkim na prowadzeniu negocjacji w zakresie cen zamieszczonych w obowiazujacych na dany sezon cennikach oraz gwarantowaniu bezpieczenstwa regionalnego). Ponadto, Ogrody Polskie poprzez zawarcie z dystrybutorami antykonkurencyjnego porozumienia ograniczyly presje ze strony dystrybutorow wywierana na producenta w celu uzyskania od niego nizszych cen zakupu. Wspolne ustalanie przez Ogrody Polskie i dystrybutorow cen sprzedazy dystrybutorom oraz cen hurtowej odsprzedazy przez dystrybutorow produktow Ogrodow Polskich umozliwilo realizowanie przez wszystkich uczestnikow porozumienia, w tym takze Ogrody Polskie, wyzszych marzy, niz te ktore moglyby byc realizowane przy braku przedmiotowego porozumienia. Powyzsze aspekty wplywaja na zasadnosc uznania przedmiotowego porozumienia jako wertykalnego.

(172) Podsumowujac powyzsze rozwazania, nalezy wskazac, ze w opinii Prezesa Urzedu antykonkurencyjne porozumienie w niniejszej sprawie mialo charakter porozumienia wertykalnego, poniewaz zawarte zostalo miedzy przedsiebiorcami dzialajacymi na roznych szczeblach obrotu, jednakze struktura tego porozumienia nie byla wylaczenie wertykalna bowiem zawierala w sobie takze elementy porozumienia horyzontalnego.

III.1.d. Standard dowodu

(173) W tym miejscu Prezes Urzedu pragnie wskazac, ze w sprawach z zakresu ochrony konkurencji obowiazuje specyficzny, wlasciwy tylko dla tych postepowan standard dowodu. W orzecznictwie antymonopolowym Unii Europejskiej wskazuje sie, ze z uwagi na fakt, ze zakaz uczestnictwa w antykonkurencyjnych porozumieniach i grozace za to kary sa dobrze znane, jest zrozumiale, ze dzialania jakie za soba pociagaja takie porozumienia sa skryte, spotkania sa potajemne, a dokumenty zwiazane z porozumieniem

są ograniczone. Nawet jeśli zostaną znalezione dowody wyraźnie wskazujące na niezgodne z prawem kontakty pomiędzy przedsiębiorcami, to zazwyczaj są one jedynie fragmentaryczne, zatem część ustaleń musi być wynikiem dedukcji. W większości spraw, istnienie antykonkurencyjnego porozumienia musi zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów, które rozważane łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji²⁷. Przykładowo w sprawie *JFE Engeneering*, Sąd (dawniej: Sąd Pierwszej Instancji) orzekł, że podczas gdy dostatecznie precyzyjne i spójne dowody muszą zostać przedstawione na poparcie zarzutu naruszenia reguł konkurencji, to „*nie jest niezbędne, aby każdy dowód przedstawiony przez Komisję spełniał ww. kryteria w odniesieniu do każdego aspektu naruszenia. Jest wystarczające, jeżeli materiał dowodowy, na którym opiera się organ, jako całość, spełnia to wymaganie*”²⁸.

(174) W motywie 5 preambuły Rozporządzenia Rady w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu²⁹ wskazano, że Rozporządzenie nie ma wpływu ani na krajowe reguły dotyczące standardu dowodu ani na obowiązek organów i sądów krajowych wykazania relewantnych okoliczności sprawy. Jednakże tak jest pod warunkiem, że krajowe reguły i obowiązki w tym zakresie są zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii Europejskiej, w szczególności z zasadą skuteczności (*effet utile*). W piśmiennictwie wskazuje się, że oznacza to w szczególności, że standard dowodu stosowany przez organy krajowe nie może być postawiony na tak wysokim poziomie, że stosowanie art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólną Europejską (obecnie: art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, tekst skonsolidowany Dz. Urz. UE C nr 115 z dnia 9 maja 2008 r., str. 47) stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione³⁰.

(175) Należy wskazać, że analogiczne stanowisko zostało przedstawione w orzecznictwie polskich sądów. Sąd Najwyższy wskazał, że „*nie ulega wątpliwości, że także w postępowaniu, którego przedmiotem jest ochrona konkurencji, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady prowadzenia działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji*

²⁷ Wyrok TS w sprawach połączonych C-204/00P, C-205/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00P *Aalborg Portland A/S et al.*, wyrok Sądu w sprawie T-44/02 i n. *Dresdner Bank et al. przeciwko Komisji*, decyzja Komisji z dnia 3 maja 2006 r. sprawa COMP/38.620 *Hydrogen Peroxide and Preborate*.

²⁸ Orzeczenie Sądu w sprawach połączonych T-67/00, T-68/00, T-71/00, T-78/00, *JFE Engeneering Corp. et al. przeciwko Komisji*, decyzja Komisji z dnia 3 maja 2006 r. w sprawie COMP/38.620 *Hydrogen Peroxide and Preborate*.

²⁹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r.

³⁰ J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition* ... s. 95.

RP)”³¹. Ponadto, jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego: „zgodnie z art. 231 k.p.c. można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Przepis ten ma zastosowanie także do postępowań w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, toczących się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Co prawda, stosowanie praktyk monopolistycznych musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut jednak udowodnienie tych praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 K.p.c. (...) W przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego porozumienia dotyczącego cen, które uznawane jest za jedno z najcięższych naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję, możliwe – a niekiedy nawet konieczne – jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. (...) Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”³².

- (176) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu, stwierdzając zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia, oparł się między innymi na dowodach, pochodzących wprost od uczestników porozumienia, pozwalających ustalić i przedstawić najbardziej realny i rzeczywisty przebieg zdarzeń. Należy tu przede wszystkim wskazać podpisaną przez część stron postępowania umowę współpracy, a także wyjaśnienia przedstawione organowi antymonopolowemu przez Ogrody Polskie i Res-Gal w złożonych przez nich wnioskach o odstąpienie od wymierzenia kary oraz wyjaśnienia złożone przez współników Pest-Ario podczas przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli w siedzibie tego przedsiębiorcy. Ponadto, organ antymonopolowy przeprowadził wycinkową analizę faktur sprzedaży, z których, co do zasady wynikało stosowanie się przez dystrybutorów Ogrodów Polskich do cen odsprzedaży zawartych we wspólnych cennikach oraz stosowanie rabatów na określonym poziomie (por. pkt 65 do 70 decyzji). Dla udowodnienia istnienia niniejszego naruszenia organ antymonopolowy posłużył się także analizą pochodzenia odbiorców współpracujących z dystrybutorami Ogrodów

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06.

³² Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 9 października 2009 r., sygn. akt: VI ACa 86/09.

Polskich ustalając, że, co do zasady, mają oni swoje siedziby w regionach wyznaczonych poszczególnym dystrybutorom w ramach porozumienia.

III.2. Antykonkurencyjny cel porozumienia.

- (177) Artykuł 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku. W opinii Prezesa Urzędu do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wystarczające jest spełnienie tylko jednego z wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu porozumienia bądź antykonkurencyjnego skutku porozumienia. Powyższe oznacza, że organ antymonopolowy może poprzestać na wykazaniu, że strony porozumienia stawiały sobie za cel ograniczenie konkurencji i nie ma znaczenia, czy cel ten został osiągnięty. Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo krajowych i europejskich sądów.
- (178) W związku z powyższym należy wskazać, że z orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości w takich sprawach jak *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm*, *Consten and Grundig przeciwko Komisji* oraz *VdS przeciwko Komisji* wynika, że nie ma wymogu wykazywania rzeczywistych antykonkurencyjnych skutków w sytuacji, gdy antykonkurencyjny cel kwestionowanych działań został udowodniony³³.
- (179) Takie stanowisko jest również prezentowane w krajowym orzecznictwie. W wyroku z dnia 15 lipca 1998 r. Sąd Antymonopolowy stwierdził, że „(...) dla uznania konkretnego działania albo zaniechania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywoływało skutki na rynku. Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji”³⁴. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w którym, stwierdzono: „stosownie do treści art. 5 (obecnie art. 6) ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub części”³⁵.

³³ Wyrok TS w sprawie 56/65 *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm*, wyrok TS w połączonych sprawach 56 i 58/64 *Costen and Grundig przeciwko Komisji*, wyrok TS w sprawie 45/85 *VdS przeciwko Komisji*.

³⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. akt: XVII Ama 32/98.

³⁵ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt: XVII Ama 40/02.

- (180) 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. Należy podkreślić, że cel ten powinien zakładać eliminację, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji, aby porozumienie, któremu towarzyszy zostało uznane za niezgodne z prawem.
- (181) Warto zauważyć, że dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma jego obiektywny charakter, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wynika zatem wprost z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji³⁶. Ponadto, dla określenia, czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji nie tylko należy uwzględnić treść porozumienia, ale także inne czynniki, takie jak cele porozumienia jako takiego w danym kontekście gospodarczym i prawnym³⁷.
- (182) Przyjmuje się, że brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel dotyczy w szczególności porozumień, co do których jako cel ustalono ograniczenie konkurencji cenowej lub podział rynku³⁸. Porozumienia tego typu, stanowiące najpoważniejsze ograniczenia konkurencji uznaje się za zakazane *per se*. Uznanie antykonkurencyjnego charakteru tego typu uzgodnień skutkuje obniżeniem wymogów co do przeprowadzenia szczegółowych analiz ekonomicznych dla wykazania antykonkurencyjnych skutków porozumienia zawierającego takie postanowienia³⁹.
- (183) W przedmiotowej sprawie stronom postępowania zarzucono ustalanie cen hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich oraz podział rynku hurtowej odsprzedaży tych produktów. Z uwagi na to, uzgodnienia między przedsiębiorcami, których dotyczy niniejsza decyzja, mieszczą się w pojęciu „porozumienia, którego celem jest ograniczenie konkurencji”.
- (184) W niniejszej sprawie należy wyraźnie odróżnić dwa szczeble istotne dla funkcjonowania porozumienia – szczebel zawarcia porozumienia i szczebel, na którym miało dojść do ograniczenia konkurencji. Porozumienie zawarte zostało na szczeblu wprowadzania do obrotu produktów Ogrodów Polskich, czyli na szczeblu relacji pomiędzy producentem a dystrybutorami. Natomiast celem tego porozumienia było

³⁶ T. Skoczny, W. Szpringer *Zakaz Porozumień Ograniczających Konkurencję I*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996.

³⁷ Wyrok TS w sprawie C-551/03 P *General Motors BV przeciwko Komisji*.

³⁸ A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz ...* s. 380.

ograniczenie konkurencji na szczeblu hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, czyli w ramach relacji pomiędzy dystrybutorami Ogrodów Polskich, a ich dalszymi odbiorcami, zarówno hurtowymi, jak i detalicznymi. Porozumienie w niniejszej sprawie miało przede wszystkim na celu ustabilizowanie sytuacji na rynku hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich dokonywanej przez niezależnych względem producenta dystrybutorów oraz wzajemnych relacji pomiędzy dystrybutorami. Przejawem powyższego było zobowiązanie dystrybutorów do stosowania jednolitych cen hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, wyeliminowanie możliwości konkutowania przez dystrybutorów na określonym terytorium przeznaczonym dla innego dystrybutora oraz zakaz konkutowania dla podjęcia współpracy z określonymi kontrahentami. Dla osiągnięcia powyższych celów strony porozumienia dążyły do uregulowania sytuacji w zakresie zmienności stosowanych cen hurtowej odsprzedaży, wyeliminowania ryzyka wojen cenowych pomiędzy dystrybutorami oraz petryfikacji podziału rynku hurtowej sprzedaży.

(185) Odnosząc się do ustalania cen, należy wskazać, że w świetle orzecznictwa porozumienia dotyczące tej materii są antykonkurencyjne ze względu na samą swoją istotę. Przykładowo w wyroku z dnia 9 października 2009 r. Sąd Apelacyjny uznał, że *„dla uznania postanowienia objętego zakazem wyrażonym w art. 5 ustawy (obecnie art. 6 ustawy) za niedozwolone, nie jest konieczne wykazanie jego skutków w postaci rzeczywistego wpływu na konkurencję, gdyż z samej natury takich porozumień wynika ich cel w postaci zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na rynku właściwym”*⁴⁰. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie podnosił, że nie ma potrzeby brać pod uwagę rzeczywistych skutków porozumienia, jeżeli jego celem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji⁴¹.

(186) Cel porozumienia ograniczającego konkurencję nie musi zostać osiągnięty, tzn. nie musi stać się jego skutkiem w taki sposób jak zaplanowano w umowie.⁴² Nawet jeżeli uczestnicy porozumienia zachowują się niezgodnie z klauzulami umowy (porozumienia), nie oznacza to, że porozumienie nie ma antykonkurencyjnego celu. Często się bowiem zdarza, że założenia uczestników porozumienia nie są realizowane w sposób przez nich

³⁹ A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* ... s. 380, wyrok SOKiK z dnia 9 marca 2007, sygn. akt: XVII Ama 20/06.

⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 9 października 2009 r., sygn. akt: VI ACa 86/09.

⁴¹ Wyrok TS w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Consten and Grundig*, zob. też: wyrok TS w sprawie C-235/92 P *Montecatini*, wyrok TS w sprawie C-277/87 *Sandoz Prodotti Farmaceutici przeciwko Komisji*, wyrok w sprawie C-219/95 P *Ferriere Nord przeciwko Komisji*.

⁴² J. Faull, A. Nikpay *The EC Law of Competition* ...

przewidziany, lecz w sposób zupełnie inny, który też prowadzi do ograniczenia konkurencji.

(187) W świetle powyższego należy uznać, że dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 nie ma istotnego znaczenia, czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia⁴³. Nawet jeśli nie obserwowano stosowania w praktyce ustaleń wynikających z zawartego porozumienia, sam fakt istnienia dokumentów ustalających taki stan rzeczy ma na celu ograniczenie konkurencji. A jeśli celem porozumienia jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji to nie ma potrzeby brać pod uwagę rzeczywistych skutków porozumienia⁴⁴, wystarczający dla stwierdzenia praktyki jest antykonkurencyjny zamiar stron.

(188) Należy również wskazać, że kwestionowane ustalenia między Ogrodami Polskimi i ich dystrybutorami, a więc ustalanie cen hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich oraz podział rynku hurtowej odsprzedaży tych produktów wykraczały poza działania, które kooperujący ze sobą przedsiębiorcy (dystrybutorzy i utworzony przez nich przedsiębiorca będący producentem dystrybuowanych wyrobów) mogą legalnie podejmować. **Kwestionowane ustalenia nie były niezbędne dla realizacji przez producenta (Ogrody Polskie) sprzedaży wytwarzanych przez niego wyrobów ogrodnich.** Nie budzi wątpliwości, że producent ma prawo ustalać ceny i inne warunki sprzedaży wytwarzanych przez siebie produktów w relacjach ze swoimi bezpośrednimi odbiorcami. W niniejszej sprawie strony mogły ustalać warunki sprzedaży na etapie wprowadzania do obrotu produktów Ogrodów Polskich, czyli w relacjach Ogrody Polskie – dystrybutorzy. Natomiast w ramach kwestionowanego przez Prezesa Urzędu porozumienia jego strony ustaliły warunki odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich w relacjach dystrybutorów z ich dalszymi odbiorcami. Oznacza to, że producent brał udział w ustalaniu ceny, po jakiej jego towary będą odsprzedawane przez jego dystrybutorów. W opinii Prezesa Urzędu przyjęcie takiego systemu hurtowej odsprzedaży mieściło się w hipotezie art. 6 ust.1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a zarazem nie było konieczne do efektywnej dystrybucji produktów Ogrodów Polskich, natomiast doprowadziło do ograniczenia konkurencji pomiędzy dystrybutorami na poziomie odsprzedaży hurtowej w zakresie ustalania cen i kierunków sprzedaży. Należy podkreślić, że dystrybutorzy działali na szczeblu hurtowej odsprzedaży jako niezależni względem

⁴³ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., sygn. akt: XVII Ama 40/02.

⁴⁴ Podobne stanowisko przyjął Prezes UOKiK w decyzji z dnia 25 sierpnia 2006 r., nr RPZ 23/2006.

siebie i wobec Ogrodów Polskich przedsiębiorcy, którzy powinni samodzielnie kreować swoją politykę handlową wobec swoich odbiorców.

- (189) Należy także wskazać, że przedmiotowe porozumienie mogło mieć również na celu ograniczenie konkurencji na dalszych szczeblach dystrybucji towarów Ogrodów Polskich, nie tylko na szczeblu hurtowej odsprzedaży dokonywanej przez bezpośrednich dystrybutorów. Mechanizm porozumienia został ukształtowany w specyficzny sposób, powodując, że ustalenia dotyczące cen sprzedaży oraz podziału rynku obowiązywały w relacjach pomiędzy dystrybutorami i ich dalszymi odbiorcami, a także miały obowiązywać w stosunkach pomiędzy niektórymi dalszymi odbiorcami stron postępowania oraz ich dalszymi kontrahentami.
- (190) Podsumowując, celem przedmiotowego porozumienia było wyeliminowanie lub co najmniej bardzo istotne ograniczenie konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami dystrybuującymi produkty Ogrodów Polskich poprzez ustabilizowanie i ujednolicenie działań tych podmiotów. Cel ten miał zostać osiągnięty poprzez utrzymywanie jednakowych cen hurtowej odsprzedaży przez wszystkich dystrybutorów, wyeliminowanie możliwości konkurowania na określonym terytorium przeznaczonym dla innego dystrybutora oraz zakazie konkurowania w celu podjęcia współpracy z określonymi kontrahentami.

III.3. Zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (191) Stronom postępowania został postawiony zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*. Zgodnie z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. W zakresie powyższego zarzutu organ antymonopolowy w toku postępowania stwierdził, że strony niniejszego postępowania zawarły antykonkurencyjne porozumienie polegające na ustalaniu minimalnych cen hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, czyli cen poniżej których dany produkt nie może być sprzedawany. W niniejszej sprawie zawarte zostało porozumienie w ramach, którego dystrybutorzy działający na rynku hurtowej odsprzedaży mieli korzystać z jednego cennika zawierającego ceny odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich wobec dalszych odbiorców tych dystrybutorów. Jednocześnie określone zostały maksymalne wysokości możliwych do zastosowania przez dystrybutorów wobec ich odbiorców rabatów. Ceny zawarte w

cennikach stanowiły podstawę do ustalania cen dla odbiorców dystrybutorów, bowiem to od tej ceny dystrybutorzy udzielali rabatów wyznaczając w ten sposób ostateczną cenę sprzedaży dla swoich odbiorców.

- (192) Ustalanie cen odsprzedaży stosowanych przez konkurentów lub kontrahentów jest z mocy prawa zakazane i jak zostało już wskazane stanowi jedno z najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji. Jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Metro przeciwko Komisji* „swoboda w kształtowaniu cen na rynku jest jednym z najistotniejszych aspektów konkurencji niezakłóconej, a każde niedozwolone wywieranie wpływu na sposób ustalania cen podlega zakazowi”⁴⁵. W świetle krajowego orzecznictwa antymonopolowego jednoznacznie uznaje się „wszelkie porozumienia cenowe, zarówno horyzontalne jak i wertykalne za objęte bezwzględnym zakazem jako zasadnicze ograniczenie konkurencji, gdyż swoboda w kształtowaniu cen na rynku jest jednym z najistotniejszych aspektów niezakłóconej konkurencji, zatem każde niedozwolone wywieranie wpływu na sposób ustalania cen podlega powyższemu zakazowi”⁴⁶.
- (193) Porozumienie cenowe uznawane jest także w doktrynie prawa za najcięższe naruszenie prawa konkurencji. Cena jest bowiem elementem, który najsilniej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami, a jednocześnie wpływa na wybór ofert przez konsumentów. Konkurencja w zakresie cen pozwala na utrzymanie ich na możliwym do zaakceptowania przez konsumentów poziomie oraz wymusza na konkurentach wzrost efektywności i redukcję kosztów⁴⁷.
- (194) Należy wskazać, że istnieje wiele sposobów uzgadniania cen, należą do nich przede wszystkim bezpośrednio ustalanie poziomu cen, ustalanie poziomu udzielanych rabatów, uzgadnianie elementów składowych ceny, prowadzenie wspólnej polityki ustalania cen odsprzedaży czy prowadzenie polityki „uczciwej” gry cenowej⁴⁸. Skutkiem ustalenia cen sprzedaży danego produktu jest zanik konkurencji cenowej pomiędzy stronami porozumienia, a nabywca towarów nie ma wyboru cenowego.
- (195) W niniejszej sprawie organ antymonopolowy ustalił, że strony postępowania wymienione w pkt I sentencji decyzji ustalały ceny hurtowej odsprzedaży poprzez korzystanie przez dystrybutorów z jednego cennika odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich skierowanego do odbiorców tych dystrybutorów oraz poprzez ustalenie poziomu

⁴⁵ Wyrok TS w sprawie 26/76 *Metro przeciwko Komisji*.

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 9 października 2009 r., sygn. akt: VI ACa 86/09.

⁴⁷ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002 r., str. 71.

⁴⁸ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E. Piontka, Warszawa 2009 r., str. 196.

maksymalnych rabatów stosowanych przez dystrybutorów. Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi podczas kontroli przez wspólników Pest-Ario zasady dotyczące ustalonych cen hurtowej odsprzedaży oraz rabatów były przez dystrybutorów przestrzegane do około połowy 2008 r. (k. 230 i 247).

(196) Spółka Ogrody Polskie przedstawiła Prezesowi Urzędu cenniki na produkty Ogrodów Polskich (k. 324 – 338). Cenniki te zawierały dwie kolumny z cenami sprzedaży produktów Ogrodów Polskich. Pierwsza z kolumn została zatytułowana „cena netto dla udziałowców” i zawierała ceny obowiązujące w relacjach pomiędzy spółką Ogrody Polskie i dystrybutorami. Natomiast druga kolumna została nazwana „cena netto dla sklepów” i zawierała ceny odsprzedaży produktów skierowane do odbiorców dystrybutorów, od których dystrybutorzy mogli udzielać rabatów w ustalonych wysokościach. Jak wskazała spółka Ogrody Polskie: *„powołany w piśmie cennik dla sklepów to był właśnie cennik obowiązujący w relacjach pomiędzy wspólnikami i ich odbiorcami”* (k. 3032). Zgodnie również z wyjaśnieniami złożonymi w trakcie kontroli przez wspólników spółki Pest-Ario na pytanie czy istniał cennik przeznaczony do odsprzedaży dla kontrahentów Pest-Ario wskazali oni, że: *„Były takie cenniki zarówno dla hurtowników, jak i detalistów (tj. sklepów prowadzących sprzedaż detaliczną), określano w nich ceny dla dalszych odbiorców oraz ceny detaliczne sprzedaży. Cenniki te także były ustalane przez Prezesa Zarządu Ogrody Polskie Sp. z o.o. (...) były one elementem cenników przeznaczonych dla dystrybutorów”* (k. 229).

(197) Od ceny widniejącej we wspólnym cenniku odsprzedaży dystrybutor mógł udzielić rabatu w określonej w ramach porozumienia maksymalnej wysokości. Jak wskazali wspólnicy spółki Pest-Ario: *„Cennik ustalał ceny zakupu dla udziałowców oraz cenę hurtową sprzedaży do sklepów. Umowa przewidywała, że rabat udzielany sklepom detalicznym nie może być wyższy niż 5 % od ustalanych w cenniku cen”* (k. 229). Ponadto w odpowiedzi na pytanie jakie były podstawy przyznawania rabatów i od czego zależała ich wysokość wspólnik spółki Pest-Ario wyjaśnił: *„Przed wszystkim wielkość rocznego obrotu danego kontrahenta. Określony obrót roczny uprawniał danego odbiorcę do uzyskania określonego rabatu. Maksymalnie były to rabaty rzędu ok. 15 – 18 %, wyższych rabatów raczej nie udzielano. Jeżeli chodzi o sklepy prowadzące sprzedaż detaliczną – maksymalne rabaty wynosiły 5 %”* (k. 229). Zgodnie natomiast z wyjaśnieniami Ogrodów Polskich i Res-Gal cennik miał dwie wersje: cennik dla udziałowców zawierający ceny sprzedaży dla każdego wspólnika oraz cennik dla sklepów zawierający cenę, od której wspólnicy mogli udzielać rabatów, a maksymalny rabat wynosił 10 % (k. 127 i 145). Z

powyższego wynika, że rabat dla sklepów detalicznych mógł nawet dochodzić do 10 % ceny z cennika i jak wyjaśniły w późniejszym czasie Ogrody Polskie zwyczajowo rabat kształtował się na poziomie do 10 % (k. 3032).

- (198) Prezes Urzędu przeprowadził również częściową analizę faktur sprzedaży produktów Ogrodów Polskich przedstawionych przez dystrybutorów (pkt od 65 do 70 decyzji). Analiza ta potwierdziła, że strony porozumienia przynajmniej w pewnym zakresie stosowały się do poczynionych ustaleń dotyczących cen hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, sprzedając swoje produkty w cenach wynikających z cennika ustalonego w ramach porozumienia, pomniejszonych ewentualnie o rabaty w nie wyższej niż ustalona wysokość.
- (199) W materiale dowodowym znajdują się również dowody świadczące, o tym że nie zawsze strony stosowały uzgodnione w ramach porozumienia ceny hurtowej odsprzedaży. Jednakże należy wskazać, że dla stwierdzenia zarzucanej w niniejszej sprawie praktyki decydujące znaczenie ma sam fakt ustalenia cen, nie zaś to, czy były one rzeczywiście stosowane przez przedsiębiorców działających na rynku. Stanowisko takie znajduje też oparcie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Belasco*, w którym orzekł on, że nawet w przypadku, gdy uprzednio ustalone ceny nie są przestrzegane w praktyce, uznać należy, że decyzja wprowadzająca te ceny ma na celu ograniczenie konkurencji⁴⁹. Zgodnie również z orzeczeniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „*dokonując analizy art. 5 ustawy (obecnie art. 6 ustawy) należy szczególną uwagę zwrócić na to, iż zakazane jest zawiązywanie porozumień polegających na ustalaniu w jakiejkolwiek formie cen (...). Z redakcji tego przepisu jasno też wynika, iż nie jest okolicznością istotną czy porozumienie weszło w życie*”⁵⁰, w tym samym orzeczeniu Sąd stwierdził także, że: „*zakazane jest już samo porozumienie uderzające w konkurencję, a nie to, czy było ono do końca wykonane czy nie*”.
- (200) Wobec powyższego w opinii organu antymonopolowego dokonane przez strony niniejszego postępowania ustalenia dotyczące stosowanych przez dystrybutorów cen hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich są wystarczającą przesłanką dla uznania zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Natomiast przedstawione w punktach 65 do 70 decyzji przykłady stosowania ustalonych cen odsprzedaży potwierdzają zasadność postawionego stronom zarzutu zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia cenowego.

⁴⁹ Wyrok TS w sprawie 246/86 *Belasco przeciwko Komisji*.

⁵⁰ Wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt: XVII Ama 53/07.

- (201) W opinii organu antymonopolowego za istnieniem porozumienia przemawia również reakcja p. Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 wyrażona po wprowadzeniu w czerwcu 2008 r. zmian do systemu dystrybucji produktów Ogrodów Polskich, przedsiębiorca ten w piśmie skierowanym do Ogrodów Polskich stwierdził, że: *„działania Zarządu mają na celu rozchwianie cen na rynku na towary OP tak, aby uniemożliwić naprawę systemu dystrybucji w przyszłości. Powyższe działania Zarządu są zatem zdecydowanie zamierzonym i celowym działaniem na szkodę spółki prowadzącym do ogłoszenia jej upadłości”* (k. 3520 oraz 3553).
- (202) Podsumowując powyższe rozważania, w opinii organu antymonopolowego zostało udowodnione, że strony niniejszego postępowania zawarły antykonkurencyjne porozumienie mające na celu ustalanie hurtowych cen odsprzedaży na produkty Ogrodów Polskich.

III.4. Zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- (203) Stronom postępowania został również postawiony zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji polegające na podziale rynków zbytu lub zakupu.
- (204) Porozumienia dotyczące podziału rynku należą, tak samo jak porozumienia dotyczące ustalania cen, do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Podział rynku może zostać oparty o różne kryteria. W literaturze wskazuje się przede wszystkim na kryterium terytorialne, asortymentowe i podmiotowe⁵¹. Podział według kryterium terytorialnego polega na wyznaczeniu uczestnikom porozumienia określonych terytoriów, na których mogą oni prowadzić swoją działalność. Podział w oparciu o kryterium asortymentowe prowadzi do uzgodnienia jakiego rodzaju produkty znajdują się w ofercie stron porozumienia. Ostatni z zaprezentowanych podziałów – oparty na kryterium podmiotowym – polega na uzgodnieniu, o jakich klientów strony porozumienia nie będą konkurowały. Niezależnie jednak od formy, jaką podział rynków przybierze, jest on z punktu widzenia prawa antymonopolowego zakazany.
- (205) W niniejszej sprawie strony porozumienia dokonały podziału rynku na poziomie hurtowej odsprzedaży realizowanej przez dystrybutorów Ogrodów Polskich według

⁵¹ A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* ... s. 407, K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, ... str 275, 276.

kryteriów podmiotowych i terytorialnych. Organ antymonopolowy ustalił, że podział rynku hurtowego obrotu wyrobami ogrodniczymi polegał na ustaleniu obszarów (regionów), w ramach których konkretni dystrybutorzy – uczestnicy porozumienia – mogli na zasadzie wyłączności odsprzedać wyroby ogrodnicze wytwarzane przez Ogrody Polskie, a odsprzedaż poza region działania uczestnika porozumienia była możliwa tylko w przypadku pisemnej zgody dystrybutora, na którego region działania odsprzedaż ta była kierowana (podział w oparciu o kryterium terytorialne). Porozumienie polegało także na ustaleniu, że do ponadregionalnych sieci sklepów detalicznych i sieci hipermarketów uczestnicy porozumienia mogli odsprzedać wyroby ogrodnicze Ogrodów Polskich tylko w przypadku jednogłośnej pisemnej decyzji wszystkich uczestników porozumienia (podział w oparciu o kryterium podmiotowe).

(206) Powyższe ograniczenia dotyczące możliwości odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich w zakresie podziału terytorialnego i asortymentowego dotyczyły zarówno sprzedaży aktywnej jak i biernej, co ma znaczenie w świetle możliwości wyłączenia danego porozumienia na podstawie rozporządzenia w *sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*. Należy bowiem wskazać, że w porozumieniach wertykalnych dopuszczalne jest zbudowanie dystrybucji produktów na zasadzie wyłączności jednakże tylko w sytuacji, w której nie zostanie zarazem ograniczona możliwość sprzedaży pasywnej (por. pkt 223 decyzji).

(207) Odnosząc się do podziału terytorialnego rynku, należy wskazać, że Prezes Urzędu ustalił, że strony porozumienia podzieliły krajowy rynek hurtowego obrotu wyrobami ogrodniczymi poprzez przydzielenie do wyłącznej obsługi określonych regionów konkretnym dystrybutorom Ogrodów Polskich (regiony z przypisaniem konkretnemu dystrybutorowi zaprezentowane zostały w tab. nr 2). Zgodnie z wyjaśnieniami p. Przemysława Janowa: „*Chodziło o to żeby ja przykładowo nie sprzedawał produktów na terenie przeznaczonym dla mojego wspólnika*” (k. 225). Jednym z zadań Ogrodów Polskich było gwarantowanie regionalnego bezpieczeństwa handlowego, czyli zapewnianie każdemu z sześciu dystrybutorów wyłączności w hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich na jego obszarze działania (k. 3032). O takim pojmowaniu roli Ogrodów Polskich w porozumieniu świadczy stanowisko prezentowane przez tego przedsiębiorcę w korespondencji z dystrybutorami mającej miejsce w momencie, gdy Ogrody Polskie nie chciały już uczestniczyć w porozumieniu na dotychczasowych warunkach. W piśmie Ogrodów Polskich z dnia 20 czerwca 2008 r. skierowanym do

dystrybutorów, spółka ta stwierdza, że: „spółka w tej chwili nie ma obowiązku gwarantowania regionalnego bezpieczeństwa handlowego” (k. 3509 oraz 3542), z czego można wyciągnąć wniosek *a contrario*, że do tego momentu spółka Ogrody Polskie uznawała, że do jej zadań należy wykonywanie powyższego obowiązku.

(208) Na fakt zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia w zakresie podziału rynku wskazuje także korespondencja p. Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2 skierowana do spółki Ogrody Polskie po wprowadzeniu nowych zasad współpracy. W piśmie z dnia 1 lipca 2008 r. przedsiębiorca ten wskazywał, że: „Spółka rzeczywiście nie ma obowiązku gwarantowania regionalnego bezpieczeństwa handlowego ale czy ma zatem prawo do udowodniania tezy, że wzrost obrotów udziałowca jest wprost proporcjonalny do stopnia zastraszenia konkurencją. Doświadczenia znanych firm silniejszych od Ogrodów Polskich wskazują, że ustanowienie nowych dystrybutorów w określonym regionie powoduje wzrost obrotów jak nigdy (w pierwszym roku) i całkowite załamanie obrotów jak zwykle (w następnym okresie) wskutek m.in. walki cenowej dystrybutorów” (k. 3512 oraz 3545). Przedsiębiorca ten w innym piśmie skierowanym do Ogrodów Polskich (k. 3520 oraz 3553) wskazał ponadto, że: „Działania Zarządu mają zatem na celu zablokowanie wcześniej stworzonego systemu dystrybucji na poziomie hurtowym, co w konsekwencji spowoduje drastyczny spadek obrotów spółki”. Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami współników Pest-Ario przedstawionymi w ramach przeprowadzonej kontroli, zasady dotyczące rejonizacji były przez dystrybutorów przestrzegane do około połowy 2008 r. (k. 230 i 247).

(209) W zakresie wyłączności sprzedaży w określonych regionach należy wskazać, że zgodnie z ustaleniami organu antymonopolowego dystrybutorzy współpracowali co do zasady z kontrahentami w ramach przypisanych im obszarów działania. Wnioski takie można wyprowadzić analizując zarówno liczbę kontrahentów danego dystrybutora spoza jego regionu w stosunku do wszystkich odbiorców danego dystrybutora (tab. nr 3), a także analizując wartość sprzedaży do odbiorców z regionu i spoza regionu (tab. nr 4). Należy wskazać, że procentowa liczba kontrahentów dystrybutorów spoza obsługiwanego regionu była największa w przypadku [informacje utajnione pkt 40 załącznika do decyzji] i wynosiła ok. 11 %, natomiast w przypadku pozostałych stron postępowania liczba ta stanowiła od 0,5 % do 4,7 % wszystkich odbiorców danego dystrybutora. Analiza wartości sprzedaży także prowadzi do tożsamyh wniosków, bowiem dystrybutorzy zazwyczaj znacznie powyżej 90 % swojej sprzedaży kierowali do odbiorców z ich regionu (szczegółowy wykaz wartości procentowych znajduje się w tab. nr 4). Zdaniem Prezesa

Urzędu świadczy to, że zasadą było przestrzeganie przez poszczególnych dystrybutorów wyznaczonych w ramach porozumienia regionów.

- (210) Ponadto w uzasadnieniu trafności tezy formułowanej przez Prezesa Urzędu należy przywołać wyjaśnienia wspólników spółki Pest-Ario, którzy w oświadczeniach złożonych w trakcie kontroli wskazywali, że: *„Spółka Ogrody Polskie produkowała produkty ogrodnicze wyłącznie dla swoich udziałowców będących jednocześnie dystrybutorami w swoim regionie – każdy z udziałowców miał odrębny region w Polsce (sześć regionów – sześciu dystrybutorów)”*.
- (211) Dla odparcia postawionego zarzutu dokonania podziału rynku strony postępowania podnosiły, że nie byłyby w stanie zaopatrywać odbiorców na większym obszarze niż wyznaczony z powodu niewielkich rozmiarów prowadzonych przez siebie działalności. Odnosząc się do powyższego, organ antymonopolowy stoi na stanowisku, że dokonywanie większości sprzedaży w określonym regionie faktycznie było częściowo spowodowane skoncentrowaniem głównej działalności danego dystrybutora wokół jego siedziby. Natomiast w opinii Prezesa Urzędu z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji problematyczny jest nie tyle fakt prowadzenia działalności na danym obszarze ale niedopuszczenie żadnego innego dystrybutora na ten obszar z konkurencyjną ofertą, w szczególności w związku z ograniczeniem biernej sprzedaży.
- (212) Zgodnie z wyjaśnieniami wspólników Pest-Ario złożonymi w trakcie trwania kontroli na pytanie jaka była praktyka w sytuacji, gdy do Pest-Ario zgłaszał się odbiorca z regionu przypisanego innemu dystrybutorowi stwierdzili oni, że: *„W takiej sytuacji odbiorca był przekierowywany do właściwego mu dystrybutora. Nie było możliwości sprzedaży towaru w centrali ani u innego dystrybutora. Od tej reguły nie było żadnych odstępstw ani wyjątków do momentu kiedy – począwszy od mniej więcej połowy 2008 r. – Pani Prezes Ogrodów Polskich (...) rozpoczęła działalność zmierzającą do sprzedaży produktów Ogrodów Polskich z pominięciem dystrybutorów/udziałowców (kierowała ofertę do klientów udziałowców oferując im korzystniejsze warunki współpracy niż ich dotychczasowe z dystrybutorami)”* (k. 230 i 246). Również spółki Ogrody Polskie i Res-Gal wskazały, że przypadki dostaw jednego ze wspólników do odbiorcy działającego w rejonie innego ze wspólników były natychmiast zgłaszane do spółki Ogrody Polskie, a następnie wspólnicy pomiędzy sobą uzgadniali sposób rozwiązania zaistniałej sytuacji (k. 3425 oraz 3463). Powyższe wskazuje, że strony porozumienia nie tylko podzieliły rynek zakazując sprzedaży aktywnej na terytorium przeznaczonym dla innego dystrybutora, ale także zakazały sprzedaży biernej do odbiorców spoza regionu konkretnego odbiorcy. Jak

zostało wskazane powyżej w sytuacji, w której do danego dystrybutora zgłaszał się odbiorca z regionu przypisanego innemu dystrybutorowi to był on odsyłany do właściwego terytorialnie dystrybutora. W powyższej sytuacji dystrybutor występował jako strona pasywna, wskazuje to jednoznacznie na podział rynku wyłączający także sprzedaż bierną. Należy podkreślić, że podział rynku opierający się na zakazie sprzedaży biernej zaliczany jest do najcięższych naruszeń prawa konkurencji i nie podlega wyłączeniu na podstawie rozporządzenia w *sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję* (por. pkt 223 decyzji).

(213) Przedstawione powyżej okoliczności jednoznacznie wskazują na antykonkurencyjny cel przyjęty przez strony postępowania, polegający na podziale rynku w taki sposób, żeby poszczególni dystrybutorzy nie konkutowali za sobą na tym samym terytorium o tych samych klientów. Podkreślić należy, że z punktu widzenia Prezesa Urzędu irrelevantny jest podnoszony przez strony fakt, że rzeczywisty obszar działania danego dystrybutora był węższy od wyznaczonego w ramach porozumienia bowiem znaczenie ma przede wszystkim sam fakt wprowadzenia przez strony porozumienia zakazu podejmowania konkurencyjnych zachowań wobec potencjalnych klientów pochodzących z regionu przypisanego innemu dystrybutorowi. Oznacza to, że przedsiębiorcy ci zgodzili się na ograniczenie konkurencji między sobą, co narusza reguły konkurencji niezależnie od tego, w jakim stopniu do tych zakazanych ustaleń się później stosowali.

(214) Odnosząc się do zakazu sprzedaży produktów Ogrodów Polskich do sieci sklepów należy podkreślić, że w toku postępowania organ antymonopolowy ustalił, że żaden z dystrybutorów nie współpracował z takimi podmiotami w zakresie produktów Ogrodów Polskich (por. pkt 78 decyzji). Strony argumentowały, że taki zakaz był potrzebny, żeby któryś ze wspólników nie sprzedawał towarów do sieci sklepów w cenach dumpingowych, czyli cenach poniżej kosztów zakupu obowiązujących dla dystrybutorów. Ponadto przedsiębiorcy wskazywali, że sieci sklepów ofertę sprzedaży zamieszczają w ogólnopolskich gazetkach promocyjnych. W przypadku bowiem ukazania się w takiej gazecie ceny na towary wytwarzane przez Ogrody Polskie niższej lub równej cenie oferowanej przez dystrybutorów ich odbiorcom, uniemożliwiłoby to prowadzenie dystrybutorom działalności. Wobec powyższego należy wskazać, że celem stron leżącym u podstaw wprowadzenia powyższego zakazu była swoista ochrona przyjętego systemu dystrybucji w szczególności w wymiarze stosowania ustalonych cen sprzedaży. Argumentacja stron uzasadniająca wprowadzenie zakazu sprzedaży do sieci sklepów

oparta o zarzut dowolnego kreowania cen odsprzedaży towarów przez sieci w opinii Prezesa Urzędu nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazuje ona jednak na ścisłe powiązanie funkcjonujących w ramach przedmiotowego porozumienia klauzul cenowych i podziałowych, które prowadziły do tożsamyh antykonkurencyjnych celów w postaci zniesienia konkurencji cenowej. Ponadto, strony postępowania w razie sprzedaży przez sieci w cenach poniżej zakupu zawsze mogły skorzystać ze środków przewidzianych w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), a tym samym ten sam cel osiągnąć innymi niż podmiotowe porozumienie podziałowe sposobami, określonymi w aktach prawnych zakazujących nieuczciwych praktyk rynkowych. Strony wskazywały również, że zakaz współpracy z sieciami sklepów nie miał znaczenia ponieważ takie podmioty nie chciałyby kooperować z tak małymi dostawcami jak strony postępowania. Ponadto strony wskazywały, że prowadzą działalność gospodarczą na zbyt małą skalę żeby podjąć się zaopatrywania ogólnopolskich sieci sklepów. Jednakże w opinii Prezesa Urzędu przedstawiona argumentacja nie ma znaczenia bowiem w świetle przedmiotu niniejszego postępowania istotny jest fakt, że jeżeli którakolwiek ze stron porozumienia chciałaby podjąć współpracę z sieciami sklepów to byłoby to niemożliwe bez spełnienia przez nią określonych warunków wynikających z porozumienia. Jak się wydaje, w rzeczywistości celem służącym wprowadzeniu przedmiotowego ograniczenia była stabilizacja cen stosowanych przez dystrybutorów oraz petryfikacja przyznanych rejonów działania. Dokonywanie sprzedaży przez któregokolwiek z dystrybutorów do ponadregionalnych/krajowych sieci handlowych, byłoby bowiem jednoznaczne z wkroczeniem w rejon działania pozostałych dystrybutorów i mogłoby zdestabilizować sytuację cenową.

- (215) Podsumowując, w toku przeprowadzonego postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu jednoznacznie stwierdził fakt zawarcia przez strony niniejszego postępowania porozumienia podziałowego opartego na kryteriach terytorialnych i podmiotowych. Należy podkreślić, że porozumienia takie wymagają powstrzymania się od działań na określonej części rynku lub w odniesieniu do danej grupy klientów⁵², a zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów samo dokonanie uzgodnienia o powstrzymaniu się stron od konkurowania między sobą ma skutek ograniczający konkurencję niedopuszczalny w świetle przepisu art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i*

⁵² A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* ... s. 409.

*konsumentów*⁵³. Antykonkurencyjny wpływ na rynek porozumień podziałowych przejawia się w eliminacji konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Obsługują oni bowiem rozłączne terytoria i uzyskują na nich swoisty monopol, co stabilizuje udziały rynkowe przedsiębiorców na określonym poziomie⁵⁴, a także blokuje rywalizację cenową pomiędzy konkurentami.

III.5. Porozumienie bezwzględnie zakazane

(216) Stronom postępowania antymonopolowego zostały postawione zarzuty stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegających na ustalaniu cen odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich oraz podziale rynku sprzedaży tych produktów.

(217) Zasadą wynikającą z ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

- tzw. zasada *de minimis* – art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- tzw. wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- tzw. wyłączenia indywidualne – art. 8 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

(218) Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych wyłączeń – zasady *de minimis* – należy wskazać, że antykonkurencyjne porozumienia są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, z zastrzeżeniem wynikającym z art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, który ustanawia ww. instytucję. Zgodnie z tym przepisem zakazu, o którym mowa w art. 6, nie stosuje się do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (porozumienia wertykalne), których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 % oraz do porozumień zawieranych między konkurentami (porozumienia horyzontalne), których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5 %. Niemniej jednak, zgodnie z ust. 2 art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wyżej wskazane wyłączenia nie mają

⁵³ Wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 9/05.

⁵⁴ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego i E. Piontka ... str. 208; A. Jurkowska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* ... s. 409.

zastosowania do porozumień cenowych oraz porozumieniach o podziale rynku (odpowiednio art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).

(219) Wobec powyższego należy wskazać, że zasadą jest możliwość wyłączenia spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień danego porozumienia jeżeli strony takiego porozumienia mają odpowiedni udział w rynku właściwym, natomiast bezwzględnie z dobrodziejstwa tego wyłączenia nie korzystają porozumienia zawierające najcięższe naruszenia prawa konkurencji – ustalanie cen i podział rynku. Oznacza to, że porozumienie zawarte pomiędzy stronami niniejszego postępowania nie podlega na podstawie art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wyłączeniu bez względu na udział w rynku właściwym jego uczestników.

(220) W zakresie wyłączeń grupowych należy wskazać na art. 8 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, który stanowi, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. W stosunku do porozumień wertykalnych obowiązuje rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, które daje możliwość uznania pewnych kategorii porozumień wertykalnych za zgodne z prawem ochrony konkurencji. Jednakże na podstawie wskazanego aktu prawnego wyłączeniu nie podlegają porozumienia, których przedmiotem jest ustalanie cen sprzedaży, co do zasady nie podlegają również wyłączeniu porozumienia dotyczące podziału rynku. Zgodnie bowiem z § 7 ww. rozporządzenia 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 cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem bądź ograniczenie obszaru lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem.

(221) Wobec ustalenia przez strony niniejszego porozumienia cen hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich należy stwierdzić, że porozumienie to w zakresie ustalania cen nie podlega wyłączeniu na podstawie wskazanego rozporządzenia (§ 7 pkt 1 ww. rozporządzenia).

(222) Odrębnego omówienia wymaga praktyka w postaci podziału rynku, ponieważ regułą jest, że porozumienie w ramach którego dokonany zostanie podział rynku nie podlega wyłączeniu, jednakże od tej zasady ustanowione zostały wyjątki. Zgodnie z warunkami

określonymi w § 7 pkt 1 ppkt a – d ww. rozporządzenia, ograniczenie obszaru lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem, jest dozwolone m.in. w odniesieniu do ograniczenia aktywnej sprzedaży do określonego obszaru lub określonej grupy klientów zastrzeżonych dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem (§ 7 pkt 1 ppkt a).

(223) Odnosząc się do sytuacji wskazanej w przywołanym przepisie należy wskazać, że statuuje on system tzw. dystrybucji wyłącznej. Zgodnie z tym przepisem strony porozumienia mogą ograniczyć prawo nabywcy do odsprzedaży towarów na określonym obszarze lub określonym odbiorcom jeżeli ten obszar lub ci odbiorcy są zastrzeżeni dla innego podmiotu. Jednakże ograniczenie to może dotyczyć tylko sprzedaży aktywnej i nie może ograniczać sprzedaży biernej. Należy wskazać, że poprzez sprzedaż bierną należy rozumieć sprzedaż na skutek inicjatywy podjętej przez potencjalnego nabywcę, w przeciwieństwie do sprzedaży aktywnej, poprzez którą należy rozumieć sprzedaż dokonywaną z inicjatywy wychodzącej od sprzedawcy. Należy wskazać, że w **niniejszej sprawie strony porozumienia ograniczyły nie tylko sprzedaż aktywną, ale także bierną** zakazując dystrybutorom jakiegokolwiek odsprzedaży do odbiorców spoza wyznaczonego regionu oraz do sieci sklepów (por. pkt 212 i 214 decyzji). W związku z powyższym przedmiotowe porozumienie w zakresie terytorialnego i podmiotowego podziału rynku nie podlega wyłączeniu na podstawie rozporządzenia w *sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*.

(224) Odnosząc się do ostatniego ze wskazanych w pkt 217 decyzji rodzajów wyłączeń, tj. wyłączenia wynikającego z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, należy wskazać, że zgodnie z tym przepisem zakazu zawierania porozumień, o których mowa w art. 6 ww. ustawy, nie stosuje się do porozumień spełniających jednocześnie cztery przesłanki wskazane bezpośrednio w ustawie. Jednakże w takim przypadku, stosownie do art. 8 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie spoczywa na przedsiębiorcy. Żadna ze stron niniejszego postępowania nie udowodniła występowania okoliczności uzasadniających wyłączenie spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ww. ustawy.

(225) W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że zawarte przez strony postępowania porozumienie polegające na ustalaniu cen odsprzedaży oraz na podziale rynku jest bezwzględnie zakazane i nie podlega jakimkolwiek wyłączeniom.

III.6. Zaniechanie stosowania praktyki

- (226) Prezes Urzędu stwierdził zaniechanie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, których dotyczy niniejsza decyzja dnia 20 czerwca 2008 r., wraz z jednoznacznym wycofaniem się spółki Ogrody Polskie z dotychczas przyjętego systemu dystrybucji. Dnia 20 czerwca 2008 r. spółka ta wysłała do swoich dystrybutorów pismo, w którym wskazała, że niezgodność z prawem umowy współpracy z dnia 5 stycznia 2004 r. pociąga za sobą jej nieważność, tym samym przedsiębiorca ten wyraźnie zdystansował się od zawartej umowy i od przyjętego systemu dystrybucji. Pomimo, że strony postępowania nigdy nie rozwiązały formalnie umowy, to zdaniem Prezesa Urzędu przedstawione powyżej stanowisko Ogrodów Polskich jednoznacznie wskazuje na intencję zakończenia ukształtowanego w antykonkurencyjny sposób systemu dystrybucji.
- (227) Należy przy tym zauważyć, że Ogrody Polskie nie ograniczyły się wyłącznie do przedstawienia dystrybutorom powyższego stanowiska, lecz w sposób faktyczny, pomimo braku rozwiązania przedmiotowej umowy, zmieniły zasady współpracy z dystrybutorami. W tym czasie spółka Ogrody Polskie rozpoczęła również poszukiwanie nowych odbiorców i zdecydowała się na przejście na bezpośredni system dystrybucji, w którym rozprowadzaniem produktów Ogrodów Polskich zajęli się zatrudnieni przez nią przedstawiciele handlowi. Jak zostało już wskazane w decyzji, spółka podjęła współpracę z 28 nowymi dystrybutorami (pkt 52 decyzji). W związku z powyższym w opinii Prezesa Urzędu zaniechanie trwania praktyki należy wiązać z wprowadzoną z inicjatywy Ogrodów Polskich zmianą przyjętego systemu dystrybucji.
- (228) Dalsze trwanie porozumienia wobec przedstawionej powyżej postawy Ogrodów Polskich było niemożliwe. Należy bowiem wskazać na rolę tej spółki, która była niezbędnym elementem przyjętego systemu dystrybucji. Oczywiście jest, że dla istnienia mechanizmu dystrybucji konieczny jest produkt, który w niniejszej sprawie zapewniała spółka Ogrody Polskie. Spółka ta pełniła więc kluczową rolę będąc ogniwem spajającym system dystrybucji. Oznacza to, że jednoznaczne wycofanie się Ogrodów Polskich z przyjętego dotychczas systemu dystrybucji zniweczyło możliwość kontynuowania przez pozostałe strony antykonkurencyjnego porozumienia.
- (229) Za przyjętym w niniejszej decyzji momentem zaniechania trwania praktyki przemawiają również wyjaśnienia poszczególnych dystrybutorów. W piśmie p. Przemysława Janowa skierowanym do Ogrodów Polskich wskazuje on, że „Już 1 lipca 2008 r. w piśmie do OP przestrzegaliśmy Zarząd przed drastycznymi zmianami w dotychczasowym systemie dystrybucji, które zazwyczaj powodują początkowo wzrost

obrotów jak nigdy, a później klęskę jak zawsze. Nasza ocena okazała się nie całkiem trafna gdyż handlowa klęska spółki przy obecnych zmianach nastąpi natychmiast!” (k. 3520 oraz 3553). Należy również przywołać wyjaśnienia złożone w trakcie kontroli przez wspólników spółki Pest-Ario, którzy w odpowiedzi na pytanie, czy zasady dotyczące ustalonych cen odsprzedaży, rabatów oraz rejonizacji były przestrzegane przez dystrybutorów stwierdzili, że: *„zasady te były przestrzegane do około połowy 2008 r., kiedy to spółka Ogrody Polskie rozpoczęła sprzedaż z pominięciem dystrybutorów. W tym czasie również jeden z udziałowców „Res-Gal” Sp. z o.o. w Rzeszowie zaczął odsprzedaż towar poza swój region (np. PNOS Ożarów Mazowiecki)”* (k. 230 i 246).

(230) Na zakończenie należy również wskazać na powołanie przez część dotychczasowych dystrybutorów konkurencyjnej spółki produkcyjnej Polskie Ogrody, co w opinii Prezesa Urzędu także należy traktować jako reakcję na zakończenie możliwości współpracy z Ogradami Polskimi na dotychczasowych antykonkurencyjnych zasadach.

(231) W opinii Prezesa Urzędu całokształt przedstawionych powyżej okoliczności jednoznacznie przemawia za przyjęciem, że porozumienie zostało zaniechane 20 czerwca 2008 r.

(232) W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie I i II sentencji decyzji.

III.7. Stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie przedawnienia wszczęcia postępowania

(233) W toku prowadzonego postępowania część przedsiębiorców (p. Tomasz Bortniczuk oraz p. Przemysław Janow) powoływała się na art. 93 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wskazując, że wystąpiła przesłanka negatywna dla wszczęcia i prowadzenia postępowania antymonopolowego w postaci przedawnienia wszczęcia postępowania. Zgodnie z art. 93 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Upływ terminu przedawnienia powoduje, że nie można prowadzić postępowania antymonopolowego po upływie przewidzianego terminu od zaprzestania stosowania praktyki. Oznacza to, że przepis ten ustanawia jedną z przesłanek warunkujących dopuszczalność postępowania.

(234) Należy podkreślić, że art. 93 ustawy nie wprowadza przedawnienia orzekania, jeżeli tylko postępowanie zostało wszczęte przed upływem terminu wskazanego w przepisie.

(235) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu ustalił, że antykonkurencyjna praktyka została zaniechana w czerwcu 2008 r., natomiast niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu

31 grudnia 2009 r. Oznacza to, że został zachowany termin do wszczęcia postępowania i nie upłynął jeszcze termin przedawnienia. Należy bowiem podkreślić, że roczny termin przedawnienia liczony jest od końca roku, w którym zaprzestano stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. W przedmiotowym postępowaniu ten roczny termin zaczął biec od 1 stycznia 2009 r., a ostatnim dniem biegu terminu przedawnienia był 31 grudnia 2009 r., zatem Prezes Urzędu nie mógłby wszcząć postępowania w niniejszej sprawie poczynawszy od 1 stycznia 2010 r.

(236) Jednocześnie należy odnieść się do twierdzeń jednej ze stron (p. Przemysława Janowa), zgodnie z którymi początek biegu przedawnienia miał miejsce z chwilą podpisania umowy współpracy. Należy wskazać, że taki pogląd jest błędny i nie znajduje oparcia w przepisach. Strona w tym zakresie posiłkowała się orzeczeniami Sądu Najwyższego dotyczącymi nadużywania pozycji dominującej w postaci narzucania uciążliwych warunków umów. W przypadku wskazanej antykonkurencyjnej praktyki faktycznie moment narzucenia warunków współpracy, czyli zawarcia umowy współpracy jest momentem decydującym o początku biegu przedawnienia, bowiem po zawarciu umowy współpracy nie może już być mowy o narzucaniu. Natomiast taka interpretacja początku biegu terminu przedawnienia dotyczy tylko tej konkretnej praktyki w postaci nadużywania pozycji dominującej. Nie odnosi się do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia bowiem tutaj termin biegnie od zaprzestania stosowania praktyki, a więc od zakończenia współpracy.

(237) W świetle powyższego niezasadny jest podnoszony przez strony zarzut przedawnienia wszczęcia niniejszego postępowania antymonopolowego.

III.8. Umorzenie postępowania wobec p. Sławomira Zawrockiego

(238) Przedmiotowe postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte przeciwko ośmiu stronom, w tym przeciwko p. Sławomirowi Zawrockiemu. Prezes Urzędu w toku postępowania ustalił, że p. Sławomir Zawrocki nie prowadził działalności gospodarczej pod nazwą Transfer. Natomiast podpisując w styczniu 2004 r. umowę współpracy działał jako pełnomocnik innego przedsiębiorcy – p. **[informacje utajnione pkt 41 załącznika do decyzji]** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Transfer (pkt 27 decyzji). Z treści umowy wynikało, że p. Sławomir Zawrocki występował w niej jako podmiot „reprezentujący firmę Transfer”. W ocenie Prezesa Urzędu użycie w treści umowy powyższego sformułowania spowodowało, że można uznać, że p. Sławomir Zawrocki działał w imieniu i na rzecz p. **[informacje utajnione pkt 42 załącznika do decyzji]**

prowadzącej działalność pod nazwą Transfer, a tym samym występował jako jej pełnomocnik. W niniejszej sprawie zarówno p. Sławomir Zawrocki, jak i p. **[informacje utajnione pkt 43 załącznika do decyzji]** wskazywali, że ta ostatnia poprzez prowadzoną przez nią działalność gospodarczą pod nazwą Transfer miała być dystrybutorem produktów Ogrodów Polskich, a tym samym miała być stroną porozumienia w rozumieniu przepisów *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

- (239) W związku z ustaleniem, że p. Sławomir Zawrocki nie był stroną antykonkurencyjnego porozumienia oraz nie prowadził działalności gospodarczej w czasie trwania antykonkurencyjnego porozumienia należy stwierdzić, że nie zostały wobec p. Sławomira Zawrockiego spełnione materialnoprawne przesłanki, konieczne dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z tym postępowanie antymonopolowe w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotowe.
- (240) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie reguluje instytucji bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego, zgodnie jednak z art. 83 ustawy, w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.). W rozpatrywanej sprawie zastosowanie będzie miał art. 105 § 1 *Kodeksu postępowania administracyjnego*, który stwierdza, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o jego umorzeniu.
- (241) Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę co do istoty. Gdy zaistnieją takie okoliczności umorzenie postępowania jest obligatoryjne, niezależne od woli bądź uznania organu administracji publicznej⁵⁵. Podkreślić przy tym należy, że przesłanka bezprzedmiotowości postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania i zostać ujawniona w toczącym się postępowaniu, może również powstać w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organami administracyjnymi.
- (242) Zgodnie z orzecnictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy. Oznacza to, że elementy badanego stanu prawnego i faktycznego są

⁵⁵ P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005 r., s. 227.

tego rodzaju, że niepotrzebne jest postępowanie mające na celu wyjaśnienie wszystkich tych okoliczności w sprawie⁵⁶.

- (243) Na podstawie zebranych w toku postępowania materiałów, organ antymonopolowy stwierdził, że podmiot, któremu zarzucane jest zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia nie był stroną tego porozumienia, a co więcej podmiot ten nie posiadał przymiotu przedsiębiorcy w trakcie trwania porozumienia, a w konsekwencji nie dysponuje on legitymacją bierną do występowania jako strona w przedmiotowej sprawie. Zatem w świetle prawa materialnego oraz ustalonego stanu faktycznego niespełniona została, wynikająca z ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przesłanka konieczna do stwierdzenia stosowania antykonkurencyjnej praktyki. Ten brak kwalifikacji podmiotowej powoduje, że niniejsze postępowanie jest bezprzedmiotowe wobec p. Sławomira Zawrockiego i zgodnie z normą zawartą w art. 105 *Kodeksu postępowania administracyjnego* należy je w tym zakresie umorzyć.
- (244) Na marginesie należy podnieść, że Prezes Urzędu nie miał możliwości dokonywania w niniejszym postępowaniu dokładnych ustaleń dotyczących faktycznego uczestniczenia p. **[informacje utajnione pkt 44 załącznika do decyzji]** prowadzącej działalność pod nazwą Transfer w stwierdzonym tą decyzją antykonkurencyjnym porozumieniu, a to ze względu na upływ z dniem 31 grudnia 2009 r. terminu przedawnienia możliwości wszczęcia wobec tego przedsiębiorcy postępowania antymonopolowego pod zarzutem naruszenia art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (245) W związku z powyższym orzeka się jak w pkt III sentencji decyzji.

IV. Kara pieniężna

- (246) Art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że organ antymonopolowy 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 w art. 6 tej ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (247) Z powyższego wynika, że rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada fakultatywny charakter, jednakże skuteczna polityka karania

⁵⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 kwietnia 1995 r., sygn. akt: SA/Ld 2424/94.

wymaga, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej⁵⁷.

(248) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 111 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi jedynie, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy.

(249) W piśmiennictwie oraz judykaturze wskazuje się, że faktyczna wysokość kary musi być w pierwszym rzędzie, odzwierciedleniem winy, z jaką związane jest naruszenie zakazu⁵⁸. Konieczność wzięcia pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wynika nie tylko z treści tego przepisu, lecz również z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego⁵⁹. Trybunał uznał bowiem, że przesłanką wymierzenia kary administracyjnej jest subiektywny element zawinienia sprawcy. Z przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wyraźnie wynika, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy wina sprawcy jest nieumyślna.

(250) Dokonując oceny stopnia zawinienia stron niniejszego postępowania Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 83 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone tą decyzją naruszenie miało charakter umyślny. Uznając w ten sposób Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, że strony postępowania są profesjonalnymi uczestnikami obrotu – przedsiębiorcami, powinny one posiadać odpowiednią wiedzę prawniczą i ekonomiczną umożliwiającą im rozpoznanie, że ich zachowanie stanowi naruszenie prawa ochrony konkurencji. Działanie uczestników porozumienia było zawinione ponieważ organizując system dystrybucji świadomie dążyli oni do ograniczenia konkurencji na poziomie hurtowej odsprzedaży wyrobów Ogrodów Polskich. Należy wskazać, że stworzone zasady niniejszego porozumienia ograniczały samodzielność dystrybutorów w zakresie kreowania ich polityki handlowej wobec dalszych odbiorców, a strony jako przedsiębiorcy powinni działać niezależnie względem siebie. Prezes Urzędu uwzględnił w dalszej kolejności okoliczność, że stwierdzone tą decyzją naruszenie dotyczyło praktyk nazwanych, określonych wprost w ustawowym

⁵⁷ Wyrok SOKiK z dnia 8 listopada 2004 roku, sygn. akt: XVII Ama 81/03.

⁵⁸ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 17/05.

katalogu praktyk zakazanych. Stwierdzone przez Prezesa Urzędu praktyki należą do najbardziej typowych naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a wiedza o ich sprzeczności z prawem jest szeroko dostępna, choćby dzięki publikacjom prasowym oraz polityce informacyjnej UOKiK. Wszystkie powyższe okoliczności świadczą za umyślnością działania stron postępowania w niniejszej sprawie. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że z przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wyraźnie wynika, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy wina sprawy jest nieumyślna.

(251) Ponadto przyjmuje się, że kara winna odzwierciedlać stopień naruszenia interesu publicznego, co wynika z treści art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, który zawiera ogólną dyrektywę stosowania ustawy w interesie publicznym⁶⁰. W jednym z orzeczeń Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał, że nie pozostawia to wątpliwości, że interes publiczny stanowi jedną z przesłanek nałożenia kary, jak i jej wysokości⁶¹.

(252) Ponadto w judykaturze 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 osiągnąć⁶². Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości zarówno przez sprawcę naruszenia jak również przez innych przedsiębiorców)⁶³.

(253) Za udowodnione należy uznać, że doszło do zawarcia przez Green-Land, Ogrody Polskie, Pest-Ario, Biedronka, p. Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krokus 2, Res-Gal oraz p. Tomasza Bortniczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biabor porozumienia, którego celem było ustalenie cen odsprzedaży wyrobów ogrodnich oraz podział podmiotowy i terytorialny rynku

⁵⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r., sygn. akt: U 7/93.

⁶⁰ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 17/05 (za:) M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 90, 93.

⁶¹ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 17/05.

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2000 r., sygn. akt: I CKN 793/98, wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 17/05, w którym wskazał m.in., że wśród okoliczności, które należy uwzględnić przy wymiarze kary są także skutki naruszenia ustawy oraz osiągnięte korzyści.

⁶³ Por. wyrok SOKiK z dnia 4 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 119/04 (za:) K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz ...* s. 1015.

hurtowej sprzedaży tych produktów. Przedsiębiorcy ci zatem bezsprzecznie dopuścili się naruszenia zakazu, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

(254) Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności niniejszej sprawy w pełni uzasadniają nałożenie kar pieniężnych na przedsiębiorców będących uczestnikami porozumienia ograniczającego konkurencję.

(255) Ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej za stwierdzone naruszenie prawa ochrony konkurencji organ antymonopolowy opierał się na treści art. 111 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, mając przy tym na względzie własną interpretację przesłanek branych w tym okolicznościach pod uwagę, zawartą w *Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*⁶⁴. Dokonując oceny wagi stwierdzonego naruszenia organ wziął w pierwszej kolejności pod uwagę, że o wadze (szkodliwości) naruszenia decydują dwie grupy okoliczności dotyczące: (a) natury naruszenia i (b) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.

(256) W kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia (i) 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, (ii) naruszenia poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia wertykalne 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, (iii) 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.

(257) W ocenie Prezesa Urzędu praktykę zarzucaną stronom niniejszego postępowania należy uznać za poważne naruszenie prawa konkurencji. Stwierdzone niniejszą decyzją porozumienie dotyczy wspólnego ustalania przez producenta z przedsiębiorcami odsprzedażającymi jego produkty cen hurtowej odsprzedaży tych produktów, oraz podmiotowego i terytorialnego podziału rynku hurtowej odsprzedaży. W trakcie

⁶⁴ Dziennik Urzędowy UOKiK z 2008 r. Nr 4, poz. 33.

postępowania Prezes Urzędu ustalił, że wskazane powyżej porozumienie miało charakter wertykalny. Zarówno w ustawodawstwie, jak i w orzecznictwie antymonopolowym, takie porozumienia traktowane są w sposób surowy z uwagi na ich charakter i wynikające z tego charakteru skutki dla rynku. Przedmiotowe porozumienie skutkowało ograniczeniem możliwości samodzielnego wyznaczania przez poszczególnych dystrybutorów hurtowych cen sprzedaży produktów Ogrodów Polskich poprzez ustalenie ceny minimalnej oraz podziałem rynku hurtowej sprzedaży tych produktów. Do tego typu porozumień nie mają zastosowania wyłączenia z art. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, znajdujące zastosowanie do porozumień, których uczestnicy mają niski udział w rynku. Porozumienia polegające na ustalaniu cen minimalnych odsprzedaży nigdy nie korzysta z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, ani na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów w *sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*. Natomiast porozumienia dotyczące podziału rynku korzystają z wyłączenia na podstawie ww. aktu prawnego tylko w kilku wyjątkowych sytuacjach, które nie mają zastosowania w niniejszej sprawie.

(258) Analizując porozumienie zawarte w niniejszej sprawie organ antymonopolowy wziął również pod uwagę fakt, że przedmiotowe porozumienie zawierało w sobie elementy horyzontalne. Pomimo zatem kwalifikacji przedmiotowego naruszenia jako porozumienia wertykalnego, a więc zawartego na różnych szczeblach obrotu (producent – hurtownicy), jego celem było ograniczenie konkurencji pomiędzy konkurentami na szczeblu hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich. Wynikiem takich działań było ograniczenie konkurencji na szczeblu hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich, a więc w aspekcie horyzontalnym.

(259) Ze względu na powyższe Prezes Urzędu uznał, że uzasadnione jest sklasyfikowanie zarzucanej stronom niniejszego postępowania praktyki jako naruszenia poważnego i określenie wysokości kar pieniężnych w przedziale powyżej 0,2 % do 1 % przychodu. Jednocześnie badając naturę naruszenia organ antymonopolowy bada również potencjalne skutki do jakich mogło ono doprowadzić mając na uwadze przede wszystkim sytuację panującą na rynku. Prezes Urzędu wziął pod uwagę minimalny wpływ przedmiotowego porozumienia na rynek hurtowej sprzedaży wyrobów ogrodniczych ze względu na niewielkie rozmiary prowadzonej przez strony działalności gospodarczej oraz dużą liczbę i znacznie większy potencjał niezaangażowanych w porozumienie przedsiębiorców działających na tym rynku.

(260) Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu przyjął za właściwe określenie wysokości kar pieniężnych zgodnie z danymi przedstawionymi w poniższej tabeli.

	podmiot	wymiar kary (% przychodu)
		natura naruszenia
1	Biabor	[informacje utajnione pkt 45 załącznika do decyzji] %
2	Biedronka	[informacje utajnione pkt 46 załącznika do decyzji] %
3	Green-Land	[informacje utajnione pkt 47 załącznika do decyzji] %
4	Krokus 2	[informacje utajnione pkt 48 załącznika do decyzji] %
5	Ogrody Polskie	[informacje utajnione pkt 49 załącznika do decyzji] %
6	Pest-Ario	[informacje utajnione pkt 50 załącznika do decyzji] %
7	Res-Gal	[informacje utajnione pkt 51 załącznika do decyzji] %

Tab. 5. Pierwszy etap naliczenia wysokości kar

(261) Następnie, organ antymonopolowy, określając wysokość nałożonej na uczestników przedmiotowego porozumienia ograniczającego konkurencję kary pieniężnej, wyszedł z założenia, że wymiar kar nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców na tym rynku, a zatem powinna ona podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes Urzędu może zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej kwotę maksymalnie o 80 %.

(262) Porozumienie w niniejszej sprawie zostało zawarte na krajowym rynku wprowadzania do obrotu wyrobów ogrodnich, a jego celem było ograniczenie konkurencji na krajowym rynku sprzedaży hurtowej wyrobów ogrodnich. Organ antymonopolowy, określając wysokość kary nałożonej na strony, uwzględnił specyfikę rynku sprzedaży hurtowej produktów ogrodnich, który charakteryzuje się dużym stopniem rozdrobnienia oraz stosunkowo niskimi barierami wejścia. Należy wskazać, że na krajowym rynku sprzedaży hurtowej działa około 150 hurtowni⁶⁵, również na rynku produkcji wyrobów ogrodnich działa wielu przedsiębiorców, często specjalizujących się w konkretnych kategoriach wyrobów ogrodnich. Określając wysokość kar nałożonych na strony postępowania, Prezes Urzędu miał również wzgląd na potencjał ekonomiczny i rynkowy przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. W opinii organu antymonopolowego zarówno potencjał rynkowy, jak i ekonomiczny uczestników niniejszego porozumienia był niewielki, a tym samym ich działania miały znikomy wpływ na rynek. Mając powyższe na uwadze należało stwierdzić, że postępowanie antymonopolowe nie wykazało, że dokonane przez strony naruszenie pociągnęło za sobą w praktyce istotne negatywne konsekwencje dla uczestników rynku. Całokształt

⁶⁵ Ilona Rosiak, Hurtownie na celowniku, Biznes Ogrodnicy, wrzesień 2009 r., str. 37.

powyższych okoliczności powoduje, że w opinii Prezesa Urzędu zasadnym jest obniżenie kary pieniężnej wyznaczonej w etapie pierwszym. Mając to na uwadze, wyjściowy poziom kary pieniężnej ustalony w oparciu o naturę naruszenia został zmniejszony o 60%.

	podmiot	wymiar kary (% przychodu)		
		natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalność przedsiębiorcy	razem
1	Biabor	[informacje utajnione pkt 52 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	[informacje utajnione pkt 53 załącznika do decyzji] %
2	Biedronka	[informacje utajnione pkt 54 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	[informacje utajnione pkt 55 załącznika do decyzji] %
3	Green-Land	[informacje utajnione pkt 56 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	[informacje utajnione pkt 57 załącznika do decyzji] %
4	Krokus 2	[informacje utajnione pkt 58 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	[informacje utajnione pkt 59 załącznika do decyzji] %
5	Ogrody Polskie	[informacje utajnione pkt 60 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	[informacje utajnione pkt 61 załącznika do decyzji] %
6	Pest-Ario	[informacje utajnione pkt 62 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	[informacje utajnione pkt 63 załącznika do decyzji] %
7	Res-Gal	[informacje utajnione pkt 64 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	[informacje utajnione pkt 65 załącznika do decyzji] %

Tab. 6. Drugi etap naliczenia wysokości kar

(263) Kalkulując wymiar kar pieniężnych nakładanych na uczestników przedmiotowego porozumienia, organ antymonopolowy wziął także pod uwagę długotrwałość naruszenia. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę, dla odzwierciedlenia wpływu długotrwałości naruszenia na wysokość kar, Prezes Urzędu może zwiększyć w przypadku porozumień ograniczających konkurencję kwotę bazową maksymalnie o 200%.

(264) Stwierdzone niniejszą decyzją porozumienie trwało od stycznia 2004 r. do czerwca 2008 r., czyli cztery i pół roku. Pomimo tak długiego okresu trwania porozumienia organ antymonopolowy doszedł w niniejszej sprawie do przekonania, że porozumienie to nie spowodowało istotnych negatywnych skutków na rynku. Tym samym, w opinii Prezesa Urzędu, czas trwania porozumienia nie wpływał ani na korzyści osiągane przez jego uczestników, ani na straty ponoszone przez ich kontrahentów i konkurentów. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił pozostawić na tym etapie kwotę bazową kary bez zmian.

	podmiot	wymiar kary (% przychodu)			
		natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
1	Biabor	[informacje utajnione pkt 66 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	[informacje utajnione pkt 67 załącznika do decyzji]%
2	Biedronka	[informacje utajnione pkt 68 załącznika do decyzji] %	↓ 60%	bez zmian	[informacje utajnione pkt 69 załącznika do decyzji]%
3	Green-Land	[informacje utajnione pkt 70 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	[informacje utajnione pkt 71 załącznika do decyzji] %
4	Krokus 2	[informacje utajnione pkt 72 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	[informacje utajnione pkt 73 załącznika do decyzji]%
5	Ogrody Polskie	[informacje utajnione pkt 74 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	[informacje utajnione pkt 75 załącznika do decyzji]%
6	Pest-Ario	[informacje utajnione pkt 76 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	[informacje utajnione pkt 77 załącznika do decyzji]%
7	Res-Gal	[informacje utajnione pkt 78 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	[informacje utajnione pkt 79 załącznika do decyzji]%

Tab. 7. Trzeci etap naliczenia wysokości kar.

(265) Organ antymonopolowy, ustalając wysokość kary, powinien także wziąć pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. Okoliczności łagodzące i obciążające są oceniane łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy. Jak wynika z orzecznictwa europejskiego, w przypadku gdy naruszenia dopuściło się kilka

przedsiębiorstw, analizy wagi naruszenia należy dokonać względem udziału każdego z nich, celem ustalenia, czy występują w odniesieniu do nich okoliczności obciążające lub łagodzące.⁶⁶ Poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Ustalona na wcześniejszym etapie wysokość kary może ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50 %.

(266) W ocenie organu antymonopolowego okolicznością łagodzącą mającą zastosowanie w stosunku do wszystkich uczestników porozumienia jest zaniechanie stosowania antykonkurencyjnej praktyki jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego. Jak zostało ustalone w toku postępowania, strony zaprzestały uczestnictwa w porozumieniu w połowie 2008 r., a więc około półtora roku przed wszczęciem niniejszego postępowania. Z drugiej strony organ antymonopolowy miał na względzie fakt, że dokonane przez strony naruszenie miało charakter umyślny, co bez wątplenia jest okolicznością obciążającą. Należy bowiem wskazać, że strony postępowania w pełni świadomie dążyły do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu, mając zamiar ograniczenia konkurencji. Powyższa okoliczność obciążająca dotyczy wszystkich stron postępowania. Powyższe powoduje, że w stosunku do uczestników porozumienia stwierdzonego niniejszą decyzją, wobec istnienia zarówno okoliczności łagodzącej jak i obciążającej kwota bazowa nie uległa ani podwyższeniu ani obniżeniu.

(267) Inaczej na tle pozostałych stron postępowania kształtuje się sytuacja spółek Ogrody Polskie i Res-Gal. Oceniając okoliczności łagodzące wobec tych przedsiębiorców, Prezes Urzędu miał na względzie, że przyczynili się oni do wszczęcia niniejszego postępowania poprzez złożenie wniosków o odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 109 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Przedsiębiorcy ci przekazali organowi antymonopolowemu informacje o istniejącym porozumieniu, którego byli uczestnikami. Jak zostało wskazane w decyzji, złożone przez tych przedsiębiorców wnioski nie zostały uwzględnione z powodów formalnych (por. pkt 3 decyzji). Niewątpliwym jest, że dzięki złożonym przez strony wnioskom o odstąpienie od wymierzenia kary organ antymonopolowy uzyskał informacje o dokonanym naruszeniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia niniejszego postępowania antymonopolowego. Okoliczność nieskutecznego złożenia ww. wniosków powinna w ocenie Prezesa Urzędu zostać wzięta pod uwagę na etapie wymierzania kary jako okoliczność łagodząca, premijąc zachowanie Res-Gal i Ogrodów

⁶⁶ Wyrok TS w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 114/73 *Suiker przeciwko Komisji*.

Polskich. Wobec przedstawionych powyżej okoliczności organ antymonopolowy uznał za uzasadnione obniżenie kwoty bazowej o 30 % wobec spółek Ogrody Polskie i Res-Gal.

	podmiot	wymiar kary (% przychodu)				
		natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące/obciążające	razem
1	Biabor	[informacje utajnione pkt 80 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	bez zmian	[informacje utajnione pkt 81 załącznika do decyzji]%
2	Biedronka	[informacje utajnione pkt 82 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	bez zmian	[informacje utajnione pkt 83 załącznika do decyzji]%
3	Green-Land	[informacje utajnione pkt 84 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	bez zmian	[informacje utajnione pkt 85 załącznika do decyzji]%
4	Krokus 2	[informacje utajnione pkt 86 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	bez zmian	[informacje utajnione pkt 87 załącznika do decyzji]%
5	Ogrody Polskie	[informacje utajnione pkt 88 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	↓ 30%	[informacje utajnione pkt 89 załącznika do decyzji]%
6	Pest-Ario	[informacje utajnione pkt 90 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	Bez zmian	[informacje utajnione pkt 91 załącznika do decyzji]%
7	Res-Gal	[informacje utajnione pkt 92 załącznika do decyzji]%	↓ 60%	bez zmian	↓ 30%	[informacje utajnione pkt 93 załącznika do decyzji]%

Tab. 8. Czwarty etap naliczania wysokości kar.

(268) Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przesądza o ustaleniu wysokości kar pieniężnych dla poszczególnych przedsiębiorców, w oparciu o przedstawione przez strony informacje na temat osiągniętych przychodów w 2009 r., w następującej wysokości:

	podmiot	przychód w (zł)	wymiar kary (procent przychodu)	odsetek kary maksymalnej przewidzianej przepisami ustawy, jaki stanowią nałożone kary	wysokość kary pieniężnej
1	Biabor	[informacje utajnione pkt 94 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 95 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 108 załącznika do decyzji]	12 116,03
2	Biedronka	[informacje utajnione pkt 96 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 97 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 109 załącznika do decyzji]	9 062,58
3	Green-Land	[informacje utajnione pkt 98 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 99 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 110 załącznika do decyzji]	31 294,65
4	Krokus 2	[informacje utajnione pkt 100 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 101 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 111 załącznika do decyzji]	7 007,93
5	Ogrody Polskie	[informacje utajnione pkt 102 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 103 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 112 załącznika do decyzji]	1 648,68
6	Pest-Ario	[informacje utajnione pkt 104 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 105 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 113 załącznika do decyzji]	11 652,22
7	Res-Gal	[informacje utajnione pkt 106 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 107 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione pkt 114 załącznika do decyzji]	6 486,52

Tab. 9. Wysokość nałożonych kar pieniężnych.

(269) W podsumowaniu wywodów dotyczących sposobu ustalania kar pieniężnych w niniejszej sprawie, należy podkreślić, że, zdaniem Prezesa Urzędu, tylko kary w ustalonej wyżej wysokości pozwolą osiągnąć cele, jakie są związane z tym rodzajem sankcji. Nakładając karę pieniężną organ antymonopolowy kieruje się bowiem założeniem, że powinna ona spełniać funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą). Nałożone kary pieniężne powinny przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez strony reguł konkurencji. Aby skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości takich niekorzystnych zjawisk, muszą być ostrzeżeniem odczuwalnym. Wobec powyższego w niniejszej sprawie kary pieniężne powinny być na tyle dolegliwe, by uczestnicy stwierdzonego porozumienia odczuli je w sposób wymierny. Kary w ustalonych wysokościach będą miały wobec ww. stron taki właśnie wymiar.

(270) W niniejszej sprawie zostało stwierdzone, że uczestnicy antykonkurencyjnego porozumienia działali umyślnie, ustalając ceny hurtowej odsprzedaży produktów Ogrodów Polskich i dzieląc rynek sprzedaży tych produktów. Udowodnione przedmiotową decyzją porozumienie należy do jednego z najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Z drugiej strony organ antymonopolowy wziął pod uwagę niewielki wpływ przedmiotowego porozumienia na sytuację na rynku, a także przy ocenie zachowania stron zostały uwzględnione okoliczności łagodzące i obciążające. Kompleksowość poczynionych przez organ rozważań w przedmiocie sankcji, pozwala stwierdzić, że kary pieniężne w powyżej przedstawionej wysokości zostały wyliczone prawidłowo oraz spełnią wszystkie przypisane im cele.

(271) 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.

(272) Karę pieniężną należy uiścić na następujące konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.

(273) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.), 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. Green-Land Service sp. z o.o.

ul. Prądzyńskiego 17
01-222 Warszawa

2. „Pest-Ario” Wiesław Nimiro, Ryszard Granas sp. j.

ul. Bydgoska 18
59-220 Legnica

3. Przedsiębiorstwo Handlowe „Biedronka” Wiesława Klimas, Krzysztof Klimas, Tomasz Klimas sp. j.

ul. Gdańska 8
83-031 Rusocin

4. Pan Jan Hnatko

pełnomocnik

p. Przemysława Janowa prowadzącego działalność gospodarczą Firma Handlowa „Krokus 2”

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Jagiellońska 50a/12
33-300 Nowy Sącz

5. „Res-Gal” sp. z o.o.

ul. Paderewskiego 37
35-328 Rzeszów

6. Pan Sławomir Zawrocki

ul. Wilczogóra 225
62-550 Wilczyn

7. Pan Tomasz Bortniczuk

„Biabor” Hurtownia Ogrodnicza
Ignatki 48
16-001 Kleosin

8. Ogrody Polskie sp. z o.o.

Raków 33C
55-093 Kielczów

9. a/a