

Dystrybucja kosmetyków w aspekcie

Rozporządzenia ws. kosmetyków i regulacji antymonopolowych

Zgodnie z Rozporządzeniem nr 1223/2009, w celu zapewnienia bezpieczeństwa i przewidywalności prowadzonej w sektorze kosmetycznym działalności niezbędne jest prawidłowe ukształtowanie relacji umownych i jasne określenie warunków współpracy uczestników w obrocie, szczególnie w kwestiach dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa stosowania produktu. Co więcej, należy zadbać, aby zawierane umowy nie naruszały przepisów prawa konkurencji, które mogą być podstawą dla postępowania przed Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zgłaszanie działań niepożądanych

Podstawową zmianą jest obowiązek raportowania przez osobę odpowiedzialną przypadków działań ubocznych występujących po użyciu produktu kosmetycznego. Przepisy Rozporządzenia określają bardzo szeroko zakres informacji, które powinny być zgłaszane, odnosząc się do wydarzeń, o których producent wie, lub których znajomości można od niego racjonalnie oczekiwać. Powoduje to rozszerzenie zakresu działań, które producent powinien podjąć w celu zbierania stosownych informacji z rynku.

Jako że producent najczęściej nie ma bezpośredniego kontaktu z konsumentami, niezbędnym będzie zawarcie w umowie dystrybucyjnej odpowiednich postanowień, na podstawie których producent będzie pozyskiwać informacje o działaniach ubocznych od użytkowników za pośrednictwem dystrybutora. Działania producenta w tym zakresie mogą dotyczyć np. zawarcia z dystrybutorem porozumienia dotyczącego bezpośredniego przekazywania infor-

macji o wszelkich zgłaszanych przypadkach działań ubocznych występujących zdaniem konsumentów na skutek użycia danego produktu. Ewentualnie, producent może zobowiązać dystrybutorów do przestrzegania specjalnie przygotowanych procedur określających sposób postępowania w przypadku zgłaszanych przez konsumentów reklamacji produktowych i przypadków wystąpienia działań niepożądanych. Co więcej, fakt przetwarzania i zbierania danych o stanie zdrowia użytkowników produktów powoduje, że umowa powinna odnosić się do kwestii dotyczących przetwarzania i ochrony danych osobowych, a w szczególności danych wrażliwych. W świetle restrykcyjnych kar za stwierdzenie nieprawidłowego przetwarzania tych danych (z karą pozbawienia wolności włącznie) należy określić w umowach dystrybucyjnych zakres uprawnień m.in. do przekazywania danych osobowych oraz sposobu ich zbierania i zabezpieczenia. Pozwoli to na minimalizację ryzyka w tym zakresie.

Zgodność produktu z wymogami Rozporządzenia

Drugim obszarem regulacyjnym, na który wpływ miało wejście Rozporządzenia, jest odpowiedzialność dystrybutorów i producentów w zakresie podejmowania działań naprawczych w przypadku otrzymania informacji lub samodzielnym określeniu, że **produkt nie spełnia odpowiednich wymogów regulacyjnych**. Rozporządzenie jasno określa, że każdy podmiot w łańcuchu dostaw jest niezależnie odpowiedzialny za upewnienie się, że produkt przez niego udostępniany na rynku spełnia podstawowe wymogi prawne.

Nawet jeżeli w większości przypadków wady produkcyjne lub wady w oznakowaniu produktu będą przyczyną błędów wytwórcy produktu kosmetycznego bez winy dystrybutora, działania naprawcze w tym zakresie będą wymagać współdziałania dystrybutora i producenta. Przykładem takich działań, zaczerpniętych z innym reżimów prawnych, są plany zewnętrznych działań korygujących (znane jako FSCA) w regula-

cjach dotyczących wyrobów medycznych, które odgórnie zakładają wspólne wysiłki dystrybutora i producenta, szczególnie w zakresie ustalenia niezbędnych korekt produktowych, kontaktu z użytkownikami lub wycofywania produktu z rynku.

W celu zapewnienia efektywnej kosztowo i operacyjnie współpracy stron warto w stosownych umowach **zawrzeć mechanizmy uzgadniania podejmowanych działań oraz alokować odpowiedzialność finansową za poszczególne aktywności**. Dlatego umowy dystrybucyjne powinny szczegółowo określać zasady sprawowania wspólnej kontroli dotyczącej zapewnienia, że produkty spełniają określone wymagania Rozporządzenia dotyczące oznakowania, promowania lub zawartości i składu produktu. Jeżeli w trakcie przeprowadzonej wspólnie kontroli niezbędnym okaże się wprowadzenie zmian do produktów, umowa powinna przewidywać sposób wprowadzenia takich korekt oraz sposobu ich opłacenia.

Podobnie, warto na etapie negocjacji lub renegocjacji umów dystrybucyjnych **określić zakres działań stron w przypadku zaistnienia potrzeby wycofywania produktu z rynku**. Niezbędnymi elementami takiego planu powinno być określenie obowiązków informacyjnych względem konsumentów, prowadzenie działań monitorujących sprzedaż w celu identyfikacji najważniejszych kontrahentów (w przypadku dystrybutorów hurtowych) i zapewnienie wsparcia logistycznego w zakresie wycofywania produktu z rynku i od użytkowników. Postanowienia te powinny w pierwszej kolejności określić również zakres odpowiedzialności finansowej za wycofanie produktu. Najczęściej spotykanym podziałem tej odpowiedzialności jest pokrycie kosztów wycofania z powodów wad jakościowych przez producenta, a wycofania z powodów wad nabytych w trakcie magazynowania lub transportu przez dystrybutora.

Alternatywnie, umowa może również odnosić się do instrumentów zabezpieczających zarówno producentów jak i dystrybutorów **przed szkodami spowodowanymi nieuzasadnionym wstrzymaniem dystrybucji na skutek wystąpienia podejrzenia dotyczącego niespełniania przez produkt wymogów produktowych lub oznaczenia**. Zabezpieczenie to może przyjąć formę kary umownej lub warunków rozwiązujących umowę.

Inne obowiązki

Jak wynika z treści Rozporządzenia, zakres sankcji, działań naprawczych i sprawowania nadzoru nad przestrzeganiem przedsta-

wionych w Rozporządzeniu przepisów leży w gestii państw członkowskich, które mają określić w przepisach krajowych przepisy wdrażające regulacje unijne. W tym zakresie nie można wykluczyć sytuacji, w której przepisy polskiej ustawy doprecyzują zakres obowiązków obydwu omawianych powyżej stron w sposób rozszerzający zakres przepisów już obowiązujących.

Uchwalenie przepisów wykonawczych może więc spowodować potrzebę rozszerzenia listy niezbędnych działań na obowiązki, które nie są opisane w tekście. Dokładny zakres postanowień, które mogą zostać zawarte w brzmieniu nowej umowy dystrybucyjnej będzie zależał od tego, jakie obowiązki, w tym przepisy kontrolne, zostaną wprowadzone w Polsce za pośrednictwem określonej ustawy.

Jednak już teraz można założyć, że nowa ustawa wprowadzi szereg reguł dotyczących zasad prowadzenia kontroli. W tym zakresie warto więc zawrzeć w nowej umowie zasady współpracy dystrybutora z producentem w przypadku kontroli prowadzonej przez odpowiedni organ kontrolny. Takie postanowienia pomogą zapewnić rzetelność przeprowadzonej kontroli, sprawność przepływu informacji o wynikach kontroli oraz konsultowanie proponowanych działań naprawczych lub korygujących w zakresie zgodności produktu i zasad dystrybucji. Rozporządzenie określa również szereg innych obowiązków dotyczących zasad ewidencji sprzedaży i zakupu produktów kosmetycznych oraz ogólnego obowiązku zapewnienia, że warunki magazynowania, transportu i sprzedaży nie będą wpływać na jakość kosmetyku. Dlatego warto uzyskać od swoich kontrahentów odpowiednie oświadczenia umowne o prowadzeniu obrotu w sposób gwarantujący zachowanie ich jakości oraz nieingerujący w ich zgodność z przepisami. Takie postanowienia będą pomocne w przypadku wystąpienia problemów z jakością lub uszkodzeń produktu.

Podobnie, umowa może przewidywać postanowienia dotyczące odpowiedzialności w przypadku reklasyfikacji produktów kosmetycznych przez organy nadzoru kosmetycznego, sanitarnego albo farmaceutycznego. Dlatego należy odgórnie określić zasady odpowiedzialności podmiotu, który za sprawą prowadzonych przez niego np. działań promocyjnych wskazujących na właściwości lecznicze kosmetyku, przyczyniłby się do wszczęcia postępowania lub wydania decyzji reklasyfikacyjnej. Decyzja taka może bowiem powodować poważne straty finansowe, związane z wycofaniem produktu z obrotu.

Prawo konkurencji a umowy dystrybucyjne

Umowy dystrybucyjne dla kosmetyków podlegają, poza przepisami branżowymi, również przepisom ogólnym. Ponieważ kosmetyki nierzadko są sprzedawane i pozycjonowane jako produkty luksusowe lub ekskluzywne, prowadzone formy sprzedaży często mogą wymagać analizy pod kątem prawa ochrony konkurencji.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa ogólny zakaz zawierania pomiędzy niezależnymi podmiotami porozumień, które prowadzą lub mogą prowadzić do wypaczenia konkurencji na konkretnym rynku. Ustawa nie rozróżnia porozumień horyzontalnych (zawieranych pomiędzy konkurentami na jednym rynku, np. hurtownikami) a porozumień wertykalnych (zawieranych przez podmioty z różnych szczebli obrotu, np. producentem i hurtownikiem). Dlatego też relacje producentów z dystrybutorami podlegają ocenie prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów tak samo jak porozumienia kartelowe. Stwierdzenie przez prezesa UOKiK naruszenia przepisów prawa ochrony konkurencji może skutkować nałożeniem kary finansowej w wysokości do 10% obrotu wypracowanego w zeszłym roku finansowym. Wprowadzenie do kontraktów dystrybu-



Fot. Depositphotos, DragonImages

cyjnych postanowień regulujących poziom cen, określających zasady prowadzenia sprzedaży, lub wprowadzających ograniczenia podmiotowe lub terytorialne w zakresie potencjalnych kontrahentów, mogą być uznane przez prezesa Urzędu za naruszające przepisy ochrony konkurencji. Przykładami takich niedozwolonych postanowień są np. mechanizmy gwarantowania cen minimalnych, przepisy dotyczące wyłączności terytorialnej dystrybucji, zakazów odsprzedaży do określonych podmiotów, zasady prowadzenia ekspozycji produktów w punktach sprzedaży pod postacią category management lub podobne, ograniczające efektywną konkurencję. Katalog działań zakazanych jest otwarty, co powoduje, że każda umowa powinna być oceniana pod kątem prawa ochrony konkurencji.

Ponieważ producenci kosmetyków ekskluzywnych często chcą zagwarantować, że ich produkty są sprzedawane w sposób zapewniający odpowiednią jakość momentu zakupu i wsparcia sprzedaży, zawierane przez nich umowy dystrybucyjne mogą zawierać postanowienia, które z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji będą stanowić niedozwolone umowy. Tak więc, każda umowa dystrybucyjna, w szczególności zawierana przez podmioty posiadające duże udziały w rynkach, na których operują, powinna zostać

zanalizowana pod kątem zgodności z przepisami prawa ochrony konkurencji. Im większy bowiem udział w rynku, tym większe ryzyko, że dana umowa stanowi porozumienie ograniczające konkurencję.

Jednak prawo antymonopolowe pozostawia furtkę dla stosowania szczególnych warunków dystrybucji produktów. **Zgodnie z przyjętym w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji stanowiskiem, producenci mogą prowadzić system dystrybucji selektywnej, w ramach której dopuszczalne jest określenie pewnych warunków dystrybucyjnych zobowiązujących dystrybutorów do działania w określony przez producenta sposób.** Co ciekawe, luksusowe produkty kosmetyczne są jednym z produktów, dla których w prawie konkurencji Unii Europejskiej uzasadnione jest korzystanie z systemów dystrybucji selektywnej.

Dystrybucja selektywna polega na prowadzeniu sprzedaży produktów w sposób, gdzie podmiotami uprawnionymi do ich oferowania konsumentom są przedsiębiorcy wybrani w ramach wyselekcjonowanej na podstawie kryteriów (najlepiej jakościowych, ale i ilościowych) siatki dystrybutorów, których zakres niezależnego działania jest odpowiednio ograniczony. Warunki prowadzenia sprzedaży selektywnej powinny jednak każdorazowo być analizowa-

ne przed ich wprowadzeniem do działalności, jako że ich zgodność z przepisami jest blisko związana z dokładnym brzmieniem umów i posiadanym przez producentów udziałem rynkowym.

Podobnie, przytaczane powyżej umowy category management, przynoszące producentom wiodących produktów oraz dystrybutorom korzyści w postaci zwiększonej sprzedaży produktów, mogą stanowić naruszenie prawa ochrony konkurencji. Umowy te zakładają oddelegowanie funkcji zarządzania sprzedażą, w tym ekspozycji towarów, podmiotowi uczestniczącemu na danym rynku, czyli np. przekazanie odpowiedzialności za aranżacje witryn sklepowych producentom produktów o wysokim udziale rynkowym. W założeniu takie umowy prowadzą do optymalizacji sprzedaży, jednak ich niewłaściwe sformułowanie i wykonanie może powodować antykonkurencyjne faworyzowanie wybranych marek. Takie umowy lub postanowienia umów dystrybucyjnych powinny zawsze w minimalnym stopniu odnosić się do produktów konkurujących oraz zapewniać maksymalnie jednolite traktowanie wszystkich produktów. Podobnie jak w przypadku umów dystrybucji selektywnej, niezbędnym jest odpowiednie skonstruowanie takich umów pod kątem opisu zobowiązań oraz oceny ryzyka w świetle pozycji rynkowej przedsiębiorcy podejmującego się takich zleceń. Rynek kosmetyczny jest jedną z tych dziedzin, dla której elastyczne przepisy prawa ochrony konkurencji mogą mieć szczególne zastosowanie. Tak jak wskazano powyżej, praktyki stosowane w dystrybucji kosmetyków powinny być sprawdzane pod kątem zgodności z regulacjami antykonkurencyjnymi i orzecznictwem Prezesa UOKiK. Naruszenie przepisów prawa ochrony konkurencji jest bowiem poważnym problemem dla przedsiębiorców, m. in. z powodu wysokich kar nakładanych przez prezesa UOKiK oraz złego wpływu takiej decyzji na wizerunek przedsiębiorców. ■

TOMASZ KACZYŃSKI, radca prawny
MACIEJ ŻELEWSKI, prawnik

Kancelaria Domański Zakrzewski Palinka

Każda umowa dystrybucyjna, w szczególności zawierana przez podmioty posiadające duże udziały w rynkach, na których operują, powinna zostać zanalizowana pod kątem zgodności z przepisami prawa ochrony konkurencji. Im większy bowiem udział w rynku, tym większe ryzyko, że dana umowa stanowi porozumienie ograniczające konkurencję.

Autorzy są prawnikami z Praktyki Life Sciences kancelarii Domański Zakrzewski Palinka. Zajmują się doradztwem prawnym dla branży farmaceutycznej, żywnościowej i kosmetycznej. Doradzają również w zakresie prawa ochrony konkurencji, szczególnie w zakresie dystrybucji. Publikują na Life Sciences Law Blog (<http://blog.dzp.pl/pharma>), na którym znaleźć można m. in. analizy i rekomendacje dla przedsiębiorców dotyczące nowych przepisów kosmetycznych.