



**Jan
Siesicki**

**Ewolucja podejścia do oceny
porozumień wertykalnych
z uwzględnieniem koncepcji
nowelizacji VBER**

JAN SIESICKI

EWOLUCJA PODEJŚCIA
DO OCENY POROZUMIEŃ WERTYKALNYCH
Z UWZGLĘDNIENIEM
KONCEPCJI NOWELIZACJI VBER



Warszawa 2022

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza publikacja zajęła III miejsce w konkursie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konkurencji w edycji 2021/2022.

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright © 2022 Jan Siesicki. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Praca magisterska napisana pod kierunkiem naukowym dr hab. Magdaleny Stok-Wódkowskiej

ISBN 978-83-64681-36-3

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

ul. Ksawerów 21

02-656 Warszawa

www.wlodarski.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów i akronimów.....	6
Wstęp	7
Rozdział I. Porozumienia ograniczające konkurencję jako rodzaj zakazanej praktyki na gruncie prawa konkurencji.....	11
1. Cele prawa konkurencji.....	11
2. Porozumienia ograniczające konkurencję	16
3. Stosowanie artykułu 101 TFUE do porozumień wertykalnych.....	20
4. Przestanki zastosowania rozporządzenia VBER.....	25
Rozdział II. Ograniczenia wertykalne właściwe dla różnych modeli dystrybucji ...	29
1. Ustalanie cen odsprzedaży	29
1.1. Pojęcie ustalania cen odsprzedaży i geneza regulacji	29
1.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER.....	31
1.3. Niedośkonności obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję	35
2. Zakaz konkurowania.....	37
2.1. Pojęcie zakazu konkurowania i geneza regulacji	37
2.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER.....	40
2.3. Niedośkonności obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję	42
3. Inne klauzule w porozumieniach wertykalnych	43
3.1. Klauzule lokalizacyjne.....	43

3.2. Klauzule najwyższego uprzywilejowania	45
3.3. Ograniczenie sprzedaży komponentów	46
Rozdział III. Dystrybucja selektywna i franchising	48
1. Dystrybucja selektywna.....	48
1.1. Pojęcie dystrybucji selektywnej i geneza regulacji	48
1.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER.....	53
1.3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję	55
2. Franchising.....	59
2.1. Pojęcie franchisingu i geneza regulacji.....	59
2.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER.....	62
2.3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję	64
Rozdział IV. Dystrybucja wyłączna	67
1. Pojęcie dystrybucji wyłącznej i geneza regulacji.....	67
2. Regulacja w rozporządzeniu VBER	71
3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję ...	74
Rozdział V Dystrybucja poprzez agenta	77
1. Pojęcie dystrybucji poprzez agenta i geneza regulacji	77
2. Regulacja w rozporządzeniu VBER	81
3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję....	83
Rozdział VI Dystrybucja online	86
1. Pojęcie dystrybucji online i geneza regulacji	86
2. Regulacja w rozporządzeniu VBER	87
3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję....	92

Podsumowanie	95
Bibliografia	98

Wykaz skrótów i akronimów

MŚP - małe i średnie przedsiębiorstwa

Nowe rozporządzenie - projektowane rozporządzenie w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*

Nowe wytyczne - projektowane wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

Raport VBER - *Commission Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*

Rozporządzenie 1/2003 - *Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu*

Rozporządzenie 2790/1999 - *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*

Rozporządzenie nr 17 - *Rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 21 lutego 1962 r. pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu*

Rozporządzenie 1983/83 - *Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłączonej dystrybucji*

Rozporządzenie 1984/83 - *Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznym zakupie*

Rozporządzenie 4087/88 - *Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii umów franchisingowych*

Rozporządzenie 67/67/EWG - *Rozporządzenie Komisji nr 67/67/EWG z dnia 22 marca 1967 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień o wyłączności handlowej*

Rozporządzenie VBER - *Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*

Support studies - *Support studies for the evaluation of the VBER*

TFUE - *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*

TSUE/Trybunał - Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

TUE - *Traktat o Unii Europejskiej*

Wytyczne 2790/1999 - Obwieszczenie Komisji z dnia 13 października 2000 roku - wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

Wytyczne VBER - Komunikat Komisji z dnia 19 maja 2010 roku - wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

Prawo konkurencji stanowi jeden z filarów unijnego wspólnego rynku i zapewnia możliwość funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej w Unii Europejskiej. Jego prawidłowe stosowanie zapewnia, że mimo braku istnienia barier handlowych nakładanych przez państwa członkowskie tego rodzaju bariery nie zostaną wykreowane przez samych uczestników rynku. Jednym z aspektów, które obejmuje prawo konkurencji, są porozumienia wertykalne pomiędzy przedsiębiorstwami, zwane również porozumieniami dystrybucyjnymi. Objęcie tego rodzaju relacji między przedsiębiorstwami zakazem zawierania porozumień między przedsiębiorstwami i praktyk uzgodnionych mających wpływ na handel między państwami członkowskimi wynikającym z art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹ (TFUE) nie jest jednak bezwzględne. W niektórych przypadkach ograniczenia konkurencji uznawane są za dopuszczalne ze względu na płynące z nich pozytywne dla gospodarki lub konsumentów skutki. Zasady dopuszczalności stosowania tych ograniczeń w ramach porozumień wertykalnych ustanowione są obecnie w *Rozporządzeniu Komisji nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*² (rozporządzenie VBER).

Globalne zmiany wynikające z rozwoju technologicznego, gospodarczego oraz społecznego sprawiają jednak, że co pewien czas konieczne jest dokonanie rewizji obowiązujących przepisów w celu dostosowania ich do aktualnej rzeczywistości, co zapewnia ich właściwą skuteczność oraz realizację celów, w jakich zostały ustanowione. Zbliżający się właśnie upływ terminu obowiązywania rozporządzenia VBER, który przypada na 31 maja 2022 roku, a także podjęcie przez Komisję prac związanych z oceną aktualnej regulacji i przygotowaniem rozporządzenia, które zastąpi rozporządzenie VBER („nowe rozporządzenie”), było bezpośrednim asumptem do przygotowania niniejszej pracy. Istotny w tym zakresie był również fakt, iż nieznaną jest dotychczas polskiej doktrynie pozycja przedstawiająca analizę ewolucji podejścia Komisji Europejskiej do oceny porozumień wertykalnych od czasu ustanowienia pierwszych regulacji ich dotyczących do czasów współczesnych, uwzględniająca również najważniejsze postulaty dotyczące nowego rozporządzenia.

Celem niniejszej pracy jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy obecna regulacja jest dostosowana do aktualnych wymagań rynkowych i nowych wyzwań stojących przed prawem konkurencji w trzeciej dekadzie XXI wieku, a jeżeli nie, to w jakim zakresie wymagane są zmiany. W przypadku aspektów, które będą wymagać zmian, przedstawione zostaną wnioski *de lege ferenda* wobec nowego rozporządzenia, oparte na problemach wynikających ze stosowania dotychczasowej regulacji. W ramach przedmiotowej pracy przedstawiony zostanie również wpływ orzecznictwa TSUE na praktykę podejścia do oceny porozumień wertykalnych na przestrzeni lat.

¹ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U.C326 z 26.10.2012 r., ss. 47-390.

² Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.U.L 102 z 23.04.2010 r., ss. 1-7.

W celu realizacji zamierzonych efektów oraz rzetelnego przedstawienia problematyki związanej z porozumieniami wertykalnymi do przygotowania niniejszej pracy zastosowana została formalno-dogmatyczna metoda badawcza³, połączona z analizą orzecznictwa i praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej powstałych na przestrzeni stosowania regulacji dotyczących porozumień wertykalnych, a także wybranego orzecznictwa poprzedzającego wprowadzenie tych regulacji, ale istotnego ze względu na praktykę ich stosowania. Podstawą do przygotowania niniejszej pracy był również szereg publikacji krajowych oraz zagranicznych dotyczących unijnych regulacji w zakresie porozumień wertykalnych.

Praca została podzielona na VI rozdziałów, których struktura stanowi, w mojej ocenie, najbardziej praktyczne podejście do analizy problematyki porozumień wertykalnych w unijnym prawie konkurencji. Każdy z rozdziałów dotyczy odrębnego zagadnienia związanego z porozumieniami wertykalnymi, których jednostkowa analiza pozwala zwiększyć przejrzystość niniejszej pracy. Rozbieżności w zakresie skomplikowania omawianych zagadnień uzasadniają natomiast istnienie pewnych różnic w zakresie długości poszczególnych rozdziałów. Istotny wpływ na zróżnicowanie długości rozdziałów ma również ilość kontrowersji wynikających z danego zagadnienia, a także liczba postulowanych zmian w nowym rozporządzeniu w zakresie określonego zagadnienia.

Rozdział I pracy ma charakter wstępny i zarysowuje tło, konieczne do właściwego zrozumienia zagadnień związanych z porozumieniami wertykalnymi. Zostały w nim omówione: cele unijnego prawa konkurencji, ogólne zasady stosowania art. 101 TFUE do wszystkich rodzajów porozumień, sposób stosowania tego artykułu do porozumień wertykalnych, a także rozpatrzone zostały ogólne przesłanki zastosowania rozporządzenia VBER. Przedstawienie tych podstawowych zagadnień na początku pracy pozwala zrozumieć omówione w kolejnych rozdziałach motywy związane z dopuszczaniem lub zakazywaniem określonych działań przedsiębiorstw w ramach porozumień wertykalnych. Ze względu na szeroki zakres tematu, jakim są antykonkurencyjne porozumienia, a tym bardziej szeroko pojęte prawo konkurencji, niemożliwe byłoby szczegółowe ich omówienie w ramach niniejszej pracy. Z tego względu w rozdziale I przedstawione zostaną jedynie najważniejsze informacje związane z tymi zagadnieniami, które są konieczne dla pełnego zrozumienia tematyki podnoszonej w kolejnych rozdziałach pracy.

Każdy z następnych rozdziałów zawiera, co do zasady, tożsamą strukturę opartą na przedstawieniu w pierwszej kolejności sposobu funkcjonowania omawianego ograniczenia wertykalnego lub modelu dystrybucji wraz z genezą jego regulacji w prawie unijnym, następnie analizie aktualnego unormowania go dotyczącego, zawartego w rozporządzeniu VBER, a na końcu identyfikacji ewentualnych aspektów, których funkcjonowanie w obowiązującym rozporządzeniu nie jest optymalne, wraz z przedstawieniem postulatów zmian, które, w mojej ocenie, powinny zostać uwzględnione w nowym rozporządzeniu.

Rozdział II dotyczy ograniczeń wertykalnych właściwych dla różnych modeli dystrybucji, takich jak: ustalanie cen odsprzedaży, zakaz konkurowania, klauzule lokalizacyjne, klauzule najwyższego uprzywilejowania oraz ograniczenia sprzedaży komponentów. Przedstawienie ich w pierwszej kolejności jest uzasadnione możliwością

3 R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Białystok 1996, s. 44.

zastosowania tych ograniczeń w różnych relacjach wertykalnych, niezależnie od przyjętego modelu dystrybucji, co świadczy również o zasadności przedstawienia tych ograniczeń w ramach jednego rozdziału. Zasady dopuszczalności przedmiotowych ograniczeń będą podlegać w niektórych przypadkach pewnym modyfikacjom w zależności od przyjętego modelu dystrybucji, jednak ich istota w każdym przypadku pozostaje niezmienną. Dokonywanie kompleksowej analizy każdego z tych ograniczeń w ramach regulacji dotyczących każdego z modeli dystrybucji byłoby zatem nieefektywne i prowadziło do licznych powtórzeń.

Rozdział III skupia się na regulacjach dotyczących stosowania dystrybucji selektywnej i franchisingu. Szczególny nacisk w kontekście dystrybucji selektywnej położony został na kwestię kryteriów dopuszczalności stosowania takiego systemu dystrybucji i zmiany w zakresie polityki decyzyjnej Komisji i praktyki orzeczniczej TSUE w tym zakresie. Omówiona została również kwestia ograniczeń, które mogą być nakładane na dystrybutorów w ramach systemu dystrybucji selektywnej, a także możliwość stosowania wymogów dotyczących dystrybucji w kanale *online*. W zakresie franchisingu szczegółowo omówione zostały natomiast zobowiązania, które mogą być nakładane na franchisingobiorców, oraz postulaty związane ze zmianą sposobu uregulowania tego modelu dystrybucji w nowym rozporządzeniu. Pewne podobieństwa w praktyce stosowania dystrybucji selektywnej oraz franchisingu świadczą natomiast za omówieniem tych modeli dystrybucji w ramach jednego rozdziału. W ramach niniejszej pracy przyjęta została nomenklatura stosowana przez Komisję, która w polskojęzycznych wersjach aktów dotyczących porozumień wertykalnych używa pojęcia „franchising”, a nie polskojęzycznego „franczyza”. Również w polskiej literaturze przedmiotu często używa się określenia anglojęzycznego w celu zachowania spójności z pojęciem stosowanym przez Komisję.

Rozdział IV pracy dotyczy modelu dystrybucji wyłącznej, a w szczególności obejmuje zagadnienia związane ze sposobem nakładania na dystrybutorów ograniczeń terytorialnych, podziałem sprzedaży na aktywną oraz pasywną, ograniczeniami równoległego eksportu, a także kwestie związane ze stosowaniem w ramach modelu dystrybucji wyłącznej ograniczeń związanych ze sprzedażą w kanale *online*. Znaczna rozbieżność w zakresie uregulowania i praktyki stosowania pomiędzy dystrybucją wyłączną a dystrybucją selektywną i franchisingiem uzasadnia omówienie tego modelu dystrybucji w oddzielnym rozdziale.

Rozdział V przedstawia analizę dotyczącą dystrybucji poprzez agenta, w szczególności skupiając się na warunkach kwalifikacji umowy agencyjnej jako pozostającej poza zakresem stosowania art. 101 TFUE, podziale ryzyka pomiędzy przedsiębiorstwo dające zlecenie a agenta oraz ograniczeniach, które mogą zostać nałożone na agenta w ramach wykonywania przez niego działalności agencyjnej.

Rozdział VI obejmuje natomiast zagadnienia związane z dystrybucją w kanale *online*, która nie stanowi samodzielnego systemu dystrybucji, jednak wymagała wyodrębnienia ze względu na szereg kontrowersji i postulatów dotyczących rozszerzenia regulacji jej dotyczących w nowym rozporządzeniu. W ramach obowiązującej regulacji omówiona została specyfika kwalifikacji dystrybucji *online* jako sprzedaży pasywnej lub aktywnej, a także możliwość nałożenia ograniczeń w zakresie tego kanału dystrybucji, ze szczególnym uwzględnieniem przesłanek uzasadniających takie ograniczenia.

Komisja Europejska nie opublikowała do czasu złożenia niniejszej pracy projektu nowego rozporządzenia, a co za tym idzie - wszelkie informacje o kierunku zmian, które zostaną wprowadzone tym aktem, stanowią postulaty *de lege ferenda*, a w niektórych przypadkach również *de lege lata* i nie muszą odzwierciedlać ostatecznych regulacji zawartych w nowym rozporządzeniu. W ramach prac prowadzonych przez Komisję nad nowym rozporządzeniem prowadzone są natomiast dyskusje oraz konsultacje z uczestnikami rynku oraz krajowymi organami ochrony konkurencji, których znane publicznie wyniki zostały wykorzystane przy ocenie spodziewanych zmian w zakresie uregulowania porozumień wertykalnych.

Rozdział I

Porozumienia ograniczające konkurencję jako rodzaj zakazanej praktyki na gruncie prawa konkurencji

1. Cele prawa konkurencji

Problematyka porozumień wertykalnych z punktu ich dopuszczalności na gruncie przepisów prawa konkurencji wymaga w pierwszej kolejności wyjaśnienia, czym właściwie jest prawo konkurencji. Doktryna nie wykształciła jednej i spójnej definicji tej dziedziny prawa. Niektórzy z autorów uważają, że jest to „zespół norm prawnych służących rozwojowi i ochronie wolnej konkurencji przed jej ograniczeniami, mającymi swoje źródło głównie w autonomii prywatnej”⁴. W literaturze wskazuje się także, że jest to „zespół norm prawnych regulujących zasady uzyskiwania oraz wykorzystywania siły rynkowej przez przedsiębiorstwa”⁵. W mojej ocenie najlepiej oddającą istotę prawa konkurencji wydaje się jednak definicja ujmująca je jako „zespół norm prawa publicznego zapobiegających zachowaniu przedsiębiorców zmierzających do wyeliminowania konkurencji i ustanowieniu w zamian prywatnego monopolu”⁶. Wskazuje ona z jednej strony na publicznoprawny charakter prawa konkurencji, a z drugiej - na skutek rynkowy w postaci prywatnego monopolu, który mógłby zaistnieć w przypadku braku właściwych regulacji. Niezależnie jednak od przyjętej definicji prawa konkurencji najważniejsze w praktyce stosowania prawa konkurencji są stawiane przed nim cele. Cele te mogą różnić się w zależności od państwa lub regionu i tym samym wpływać na praktykę stosowania prawa konkurencji, mimo pozornie zbliżonej treści regulujących je przepisów.

Unijne prawo konkurencji będące przedmiotem niniejszej pracy, którego podstawą są art. 101 oraz 102 TFUE⁷, również stosowane musi być z uwzględnieniem przypisywanych mu celów, które stanowią swego rodzaju instrukcję interpretacyjną dla przepisów Traktatowych i opartej na nich legislacji wtórnej. Za cel prawa uznaje się stan, do którego dąży prawodawca będący autorem konkretnych przepisów. Należy traktować je jednak w pewien sposób idealistycznie, gdyż nie w każdym przypadku cele te zostały przez prawodawcę zwerbalizowane przykładowo w uza-

4 T. Skoczny, *Wprowadzenie [w:] Prawo konkurencji: teksty jednolite z indeksem rzeczowym*, Warszawa 1995, s. X.

5 D. Miąsik, *Prawo konkurencji [w:] R. Skubisz, E. Skrzydło-Tefelska, Prawo Europejskie. Zarys wykładu*, Lublin 2004, s. 331.

6 L. Pace, *European Antitrust Law*, Northampton 2007, s. 35.

7 W celu uniknięcia wątpliwości w niniejszej pracy stosowana jest najnowsza numeracja artykułów prawa pierwotnego i wtórnego oraz aktualne nazewnictwo organów Unii Europejskiej. Oryginalna numeracja oraz nazewnictwo zostały utrzymane w cytatach.

sadnieniu od danego aktu prawnego⁸. Mimo licznych zmian legislacyjnych, zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym, dokonywanych w ciągu ponad 60-letniego istnienia unijnego prawa konkurencji, jego cele od początku pozostają niezmiennie i stanowią nieodłączny element jego stosowania. Wskazuje na to w szczególności fakt, iż w dalszym ciągu są one przywoływane w orzecznictwie oraz praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i krajowych organów ochrony konkurencji.

Prawo konkurencji odgrywa niezmiernie istotną rolę w unijnej polityce gospodarczej, zapewniając z jednej strony integrację ekonomiczną będącą wstępem do integracji politycznej, a z drugiej - wzrost dobrobytu konsumentów w państwach członkowskich poprzez znoszenie barier rynkowych⁹. Z tego powodu, oprócz celów samego prawa konkurencji, koniecznym aspektem jego interpretacji są również szersze cele Unii Europejskiej, określone w TFUE, a także w pewnej mierze w TUE. W prawie unijnym ochrona konkurencji *per se* nie jest głównym celem prawa konkurencji, a najwyżej celem pośrednim lub środkiem do osiągnięcia celu ostatecznego¹⁰. Konieczność interpretacji art. 101 oraz 102 TFUE poprzez pryzmat pozostałych przepisów traktatowych została wywiedziona przez TSUE już w pierwszym z orzeczeń, jakie zostały wydane na gruncie unijnych przepisów prawa konkurencji, tj. w orzeczeniu w sprawie *Consten & Grundig*¹¹. W wydanym kilka lat później orzeczeniu w sprawie *Continental Can*¹² TSUE postawiło jeszcze dalej idącą tezę, iż przepisy dotyczące prawa konkurencji trzeba interpretować przy uwzględnieniu pozostałych postanowień Traktatów, nawet jeśli taka interpretacja stałaby w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 101 oraz 102 TFUE. Powyższe prowadzi do wniosku, iż realizacja ogólnych celów Unii Europejskiej jest również pośrednim celem prawa konkurencji.

Cele prawa konkurencji można podzielić na dwie kategorie: cele ekonomiczne oraz cele polityczne. Wraz z rozwojem praktyki w tym zakresie, powiązanej również ze stabilizacją sytuacji międzynarodowej w ostatnich latach, coraz większe znaczenie przypisuje się celom ekonomicznym, przy marginalizacji celów politycznych¹³. Celów politycznych nie sposób kompleksowo omówić, ze względu na ich pełną zależność od sytuacji politycznej w Unii Europejskiej i państwach członkowskich. Ich ciągła marginalizacja przejawia się między innymi w zmianach legislacyjnych prowadzących do jak największego obiektywizmu przy stosowaniu prawa konkurencji czy wprowadzaniu rozwiązań systemowych, obejmujących na przykład kadencyjność krajowych organów ochrony konkurencji. W ramach celów ekonomicznych, czy inaczej gospodarczych, można natomiast wyróżnić: (i) zwiększenie dobrobytu konsumenckiego (lub ogólnego) poprzez stymulowanie efektywności alokacyjnej lub produkcyjnej, (ii) przeciwdziałanie gromadzeniu i nadużywaniu siły rynkowej w celu ochrony wolności indywidualnej oraz praw indywidualnych, a także wolności

8 Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, ss. 76-77.

9 M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, *Ekonomia i Prawo*, Tom XII, nr 2/2013, ss. 193-205.

10 *Ibidem*.

11 Wyrok TSUE z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawie 56 i 58/64 *Établissements Consten S.à.R.L. i Grundig-Verkaufs-GmbH* przeciwko Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, ECLI:EU:C:1966:41.

12 Wyrok TSUE z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc.* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1973:22.

13 Ch. Decker, *Economics and the enforcement of European competition law*, Cheltenham 2009, ss. 182 i nast.

gospodarczej w ramach konkurencji rynkowej oraz (iii) inne, szersze cele realizujące interes publiczny¹⁴.

Dokładniejsza analiza powyższych celów wymaga, do jej właściwego przeprowadzenia, wprowadzenia pojęcia wolnego rynku i określających go reguł. Wolny rynek na terenie obecnej Unii Europejskiej ukształtowany został trwale po II wojnie światowej, a w przypadku państw dawnego bloku wschodniego - po odzyskaniu pełnej suwerenności, co trwało do lat 90. XX wieku. Podstawową zasadą wolnego rynku jest to, że działające w ramach wolnej konkurencji siły samodzielnie określają rodzaje sprzedawanych i kupowanych produktów, ich cenę oraz czas produkcji¹⁵. W najprostszym rozumieniu oznacza to uzależnienie rynku od struktury popytu i podaży, która jest kształtowana przez sam rynek oraz istniejącą pomiędzy jego uczestnikami konkurencję. Jest to koncepcja przeciwstawna do rynku regulowanego, którego nieodłącznym elementem jest interwencjonizm państwowy stosowany w różnym stopniu. Prawidłowe działanie wolnego rynku może jednak zostać zakłócone poprzez zachowania przedsiębiorców mogące zagrozić skutecznej konkurencji, a co za tym idzie - zagrozić istnieniu wolnego rynku¹⁶. Przedsiębiorca działający na wolnym rynku musi włożyć znaczny wysiłek w działania zmierzające do zapewnienia konkurencyjności oferowanych przez siebie produktów lub usług względem podobnych, oferowanych przez innego przedsiębiorcę¹⁷. Może to prowadzić do uznania przez przedsiębiorcę, że dużo korzystniejsze dla jego interesów będzie zawarcie z konkurentem porozumienia eliminującego pomiędzy tymi dwoma podmiotami współzawodnictwo rynkowe, a przez to zniekształcającego reguły wolnego rynku. Takie działanie, jakkolwiek oczywiście korzystne dla uczestniczących w nim przedsiębiorców, co do zasady, negatywnie odbije się na konsumentach poprzez wzrost cen lub ograniczenie dostępności danego produktu lub usługi, a w szerszej perspektywie również na gospodarce, poprzez ograniczenie wysiłków wkładanych w ciągłe usprawnianie oferowanych towarów, a co za tym idzie - zmniejszenie innowacyjności¹⁸.

Przekonanie o samodzielności rynku wynikające z samej istoty wolnego rynku nie jest jednak nieskończone. Niezależnie od konieczności stosowania prawa konkurencji w sposób pozostawiający możliwie szeroką samodzielność jego uczestnikom konieczna jest pewna kontrola nad zachodzącymi na nim procesami. W tym kontekście warto przywołać teorię konkurencji doskonałej i jej czterech filarów autorstwa Franka Knighta¹⁹, który za konkurencję doskonałą uważa sytuację, w której na rynku istnieje nieskończenie wielu przedsiębiorców, z których każdy będzie miał znikomy udział w produkcji całej gałęzi. Ponadto produkt powinien być jednorodny, a informacja o jego jakości pomiędzy nabywcami musi być doskonała. Dodatkowo na takim rynku nie ma barier wejścia i wyjścia. W praktyce model konkurencji doskonałej okazał się niemożliwy do osiągnięcia, co doprowadziło do powstania kolejnych teorii „skutecznej konkurencji” i „konkurencyjnego rynku”, które w celu

14 W. Sauter, *Competition law and industrial policy in the EU*, Oxford, 2003, s. 117.

15 A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, ss. 1-5.

16 E. Elhauge, D. Geradin, *Global competition law and economics*, Oxford, 2007, ss. 1-4.

17 Szerzej o konkurencji jako rywalizacji patrz: D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, ss. 81-85.

18 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, op. cit., ss. 160 i nast.

19 F. Knight, *Risk, uncertainty and profit*, Boston 1921.

realizacji wyznaczonych celów zezwalają na istnienie pewnych czynników hamujących działania przedsiębiorców poprzez interwencje wyznaczonych organów ochrony konkurencji, a także stosowanie pomocy publicznej w ściśle określonych przypadkach.

Ochrona unijnego wolnego rynku jest wypadkową wszystkich trzech przywołanych powyżej gospodarczych celów prawa konkurencji i jednocześnie jednym z podstawowych zadań stawianych przed unijnym prawem konkurencji. Zostało to wyrażone wprost w rezolucji Parlamentu Europejskiego, który stwierdził, że „konkurencja i skuteczne egzekwowanie polityki konkurencji musi przynosić korzyści wszystkim obywatelom UE, zwłaszcza osobom mającym słabą pozycję konsumencką, a jednocześnie wspierać innowacje i uczciwą konkurencję między przedsiębiorcami działającymi na jednolitym rynku, w szczególności przez zapewnienie małym i średnim przedsiębiorcom (MŚP) możliwości konkurowania na sprawiedliwych zasadach”²⁰. W przywołanym fragmencie rezolucji można zidentyfikować każdy z trzech gospodarczych celów prawa konkurencji, a zatem wydaje się on należycie oddawać zadania stojące przed prawem konkurencji. Z tego względu może służyć za punkt odniesienia do ich omówienia.

Odnosząc się do pierwszego z celów, czyli zwiększenia dobrobytu konsumenckiego (lub ogólnego) poprzez stymulowanie efektywności alokacyjnej lub produkcyjnej, któremu w przywołanym fragmencie rezolucji odpowiada „konieczność przyniesienia korzyści wszystkim obywatelom UE”, konieczne jest wyjaśnienie pojęcia dobrobytu. Dobrobyt przyjmuje odmienne definicje dla producentów oraz konsumentów. Dobrobytem producenta jest dodatnia różnica pomiędzy kosztem produkcji i sprzedaży, jaki osiąga on ze sprzedaży towarów lub usług, czyli jego zysk. Dobrobytem konsumenta jest natomiast różnica pomiędzy subiektywnym przekonaniem o wartości danej rzeczy i ceną, jaką w rzeczywistości za nią zapłacił²¹. Dobrobytem ogólnym, często zwanym dobrobytem społecznym, jest zatem suma dobrobytu producentów i konsumentów. Ponieważ nie w każdym przypadku możliwe jest pogodzenie wzrostu dobrobytu producentów i konsumentów, w unijnym prawie konkurencji za wiodący uznaje się dobrobyt konsumentów, który zatem jest jego podstawowym celem²². Podkreślone zostało to również w przytoczonym fragmencie rezolucji, zgodnie z którym konkurencja musi przynosić korzyści „zwłaszcza osobom mającym słabą pozycję konsumencką”. Ich pozycja jest zdecydowanie słabsza aniżeli pozycja silniejszych ekonomicznie przedsiębiorców, a co za tym idzie - prawo konkurencji ma za zadanie wzmocnienie pozycji konsumenta w głównej mierze poprzez zagwarantowanie, że nie będzie on zmuszony do zapłaty za produkty, których cena nie odpowiada ich rzeczywistej wartości. Ten aspekt prawa konkurencji wymusza na przedsiębiorcach konieczność przekonania klienta o zaletach własnych produktów lub usług, przy jednoczesnym uwzględnieniu ich ceny, co prowadzi do zwiększenia innowacyjności oferowanych produktów lub usług. W wolnorynkowym modelu gospodarczym potrzeby konsumentów wpływają zatem na kształt całego rynku i zadaniem stojącym przed prawem konkurencji jest zapewnienie, aby za-

20 Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie polityki konkurencji - sprawozdanie roczne za 2019 r. 2019/2131(INI), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0158_PL.pdf [dostęp: 29.05.2021 r.].

21 M. Błachucki, *op. cit.*

22 S. Bishop, M. Walker, *The economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 2002, s. 32.

den przedsiębiorca nie uzyskał siły rynkowej umożliwiającej mu działanie bez ich uwzględnienia. Taka sytuacja ma natomiast miejsce w przypadku rynków monopolistycznych, na których konsument, nie mając alternatywy, jest niejako zmuszony do zakupu danych produktów lub usług, niezależnie od ich rzeczywistej wartości. Dzięki istniejącej konkurencji pominięcie przez jednego z przedsiębiorców potrzeb konsumentów doprowadziłoby do wykluczenia go z rynku w wyniku przeniesienia realizacji potrzeb zakupowych nabywców do konkurentów.

Drugi z celów wskazanych w przywołanym fragmencie rezolucji, mianowicie przeciwdziałanie gromadzeniu i nadużywaniu siły rynkowej w celu ochrony wolności indywidualnej oraz praw indywidualnych, a także wolności gospodarczej w ramach konkurencji rynkowej, został wyrażony jako „wspieranie uczciwej konkurencji między przedsiębiorcami działającymi na jednolitym rynku, w szczególności przez zapewnienie małym i średnim przedsiębiorcom (MŚP) możliwości konkurowania na sprawiedliwych zasadach”. Zestawienie wolności gospodarczej z ochroną MŚP nie jest zabiegiem przypadkowym, bowiem ochrona tych najmniejszych przedsiębiorców jest jednym z najwcześniej wykształconych zadań prawa konkurencji²³. Przedsiębiorstwa te, w dobie globalizacji i rynkowej dominacji międzynarodowych koncernów, przy jednoczesnym zakazie stosowania ograniczeń celnych i ilościowych, znajdują się w trudniejszej sytuacji rynkowej, mimo iż stanowią około 99% przedsiębiorstw funkcjonujących w UE²⁴. W związku z tym prawo konkurencji łagodniej traktuje przedsiębiorstwa z tej kategorii, zasadnie przyjmując, że podejmowane przez nich działania nie są w dużym stopniu odczuwalne przez rynek. Ponadto tworzone są specjalne fundusze wspierające przedsiębiorstwa z sektora MŚP i wyrównujące ich szanse w rynkowej konkurencji, a także są uchwalane oddzielne regulacje mające za zadanie chronić je przed znaczącą siłą rynkową dużych graczy rynkowych. Za przykład łagodniejszego traktowania małych i średnich przedsiębiorstw w celu zapewnienia im możliwości konkurowania na sprawiedliwych zasadach może służyć tzw. zawiadomienie *de minimis*²⁵, zgodnie z którym porozumienia pomiędzy konkurującymi przedsiębiorstwami, których łączny udział w rynku nie przekracza 10% na żadnym z rynków właściwych objętych porozumieniem lub w przypadku przedsiębiorstw niekonkurujących, udział żadnej ze stron nie przekracza 15% na żadnym z rynków właściwych objętych porozumieniem, nie ograniczają odczuwalnie konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE, a co za tym idzie - nie są prowadzone przez Komisję postępowania w sprawie takich porozumień.

Ostatni z celów, a właściwie grupa celów realizujących interes publiczny, jest swego rodzaju modyfikatorem tradycyjnych reguł prawa konkurencji. W unijnym prawie konkurencji takim nadrzędnym interesem publicznym, na którego straży stoi między innymi prawo konkurencji, jest zniesienie krajowych barier i wzmocnienie rynku wewnętrznego jako jednego z filarów istnienia Unii Europejskiej²⁶. Zostało to również podkreślone w orzecznictwie TSUE, który stwierdził, że „porozumienie

23 W.F. Shughart II, *Antitrust policy and interest-group politics*, New York 1990, s. 14.

24 Dokument informacyjny Parlamentu Europejskiego „Małe i średnie przedsiębiorstwa”, https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pl/FTU_2_4.2.pdf [dostęp: 29.05.2021 r.].

25 Komunikat Komisji z dnia 30 sierpnia 2014 r., *Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz.U.C 291 z 30.08.2014 r., ss. 1-4.

26 D. Bailey, *EU Competition Law and its Territorial Reach* [w:] D. Bailey, L.E. John, Bellamy & Child: *European Community law of competition*, Oxford 2018.

między producentem a dystrybutorem mające na celu odtworzenie granic krajowych w wymianie handlowej między państwami członkowskimi mogłoby zagrozić realizacji najbardziej podstawowych celów Wspólnoty. Traktat, którego preambuła i tekst stawiają za cel zniesienie barier między państwami i który w licznych postanowieniach jest bardzo rygorystyczny, jeśli chodzi o ich powrót, nie może zezwalać przedsiębiorstwom na odtwarzanie takich barier²⁷. Cel ten przybiera czasem karykaturalną formę prowadzącą do penalizacji zachowań przedsiębiorstw, które nie mają żadnych antykonkurencyjnych celów lub skutków²⁸.

Pogodzenie wszystkich opisanych powyżej celów stojących przed prawem konkurencji nie zawsze jest łatwe i oczywiste, co w niektórych przypadkach prowadzi do wewnętrznych konfliktów, powodujących czasem konieczność wyboru przez organ ochrony konkurencji, który z tych celów zasługuje w danym przypadku na najwyższą ochronę. Powoduje to funkcjonowanie w obrocie prawnym decyzji, które wydają się ze sobą sprzeczne w aspekcie wartości, której zdecydowano się przyznać ochronę. Taki konflikt, przed którym staje organ ochrony konkurencji, jest rozpatrywany w oparciu o korzyści dla rynku wewnętrznego, którymi może zostać uzasadnione dozwoleństwo stosowania określonych praktyk. Należy jednak zauważyć wyraźnie wybijającą się w praktyce decyzyjnej KE oraz praktyce orzeczniczej TSUE priorytetyzację ochrony integralności rynku wewnętrznego, nawet w przypadku znacznych korzyści w innych aspektach płynących z kwestionowanej praktyki oraz jej ekonomicznego uzasadnienia, jak miało to miejsce w sprawach *Consten & Grun-dig* czy *Distillers*²⁹.

Podsumowując powyższe, należy uznać, iż podstawowym celem prawa konkurencji nie jest ochrona konkurencji samej w sobie, a raczej zagwarantowanie wzrostu gospodarczego i powszechnego dobrobytu, co dokonuje się poprzez dążenie do re-alizacji wszystkich opisanych powyżej celów prawa konkurencji.

2. Porozumienia ograniczające konkurencję

Porozumienia wertykalne, będące przedmiotem niniejszej pracy, podlegają ocenie na podstawie zakazu zawierania niedozwolonych porozumień ustanowionego w art. 101 ust. 1 TFUE. Stanowi on, że „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”. W dalszej jego części wymieniony jest natomiast katalog działań stanowiących najpoważniejsze naruszenia prawa konkurencji. Katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym, jednak odnosi się do najpopularniejszych przykładów porozumień, takich jak: „ustalenie w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji, ograniczanie lub kontrolowanie produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji, podział rynków lub źródeł zaopatrzenia, stosowanie

27 Wyrok w sprawie *Consten & Grundig*.

28 M. Błachucki, *op. cit.*

29 Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 1980 r. w sprawie 30/78 *Distillers Company Limited* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1980:186.

wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzanie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji oraz uzależnianie zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów”. Art. 101 ust. 2 TFUE przewiduje sankcję za naruszenie zakazu ustanowionego w poprzedzającym ustępie, w postaci nieważności z mocy prawa wszelkich porozumień lub decyzji ograniczających konkurencję. Art. 101 ust. 3 TFUE zawiera natomiast przesłanki, których spełnienie wyłącza dane porozumienie lub decyzję spod zakazu przedstawionego powyżej.

Artykuł 101 TFUE obejmuje swoim zakresem wszystkie rodzaje porozumień zawieranych we wszystkich sektorach gospodarki. Jedyne istotne wyłączenie wskazane jest w art. 42 TFUE i dotyczy sektora rolniczego, którego specyfika wymaga ograniczonego stosowania zakazu ustanowionego w art. 101 TFUE³⁰. Niedozwolone porozumienia mogą mieć charakter horyzontalny lub wertykalny, co potwierdził Trybunał już w 1966 roku w wyroku w sprawie *Société Technique Minière*³¹, dokonując rozróżnienia na te dwa rodzaje porozumień. Porozumienia horyzontalne zawierane są pomiędzy konkurentami lub co najmniej potencjalnymi konkurentami, działającymi na jednym rynku właściwym³². Porozumienia wertykalne natomiast dotyczą relacji pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach obrotu gospodarczego, czyli pomiędzy przedsiębiorstwami co do zasady niekonkurującymi ze sobą³³. Przykładowo, na rynku stali, na którym funkcjonują producenci stali oraz producenci samochodów, porozumienie pomiędzy producentami stali będzie porozumieniem horyzontalnym, natomiast porozumienie zawarte pomiędzy producentem stali i producentem samochodów będzie miało charakter porozumienia wertykalnego³⁴.

Porozumienia horyzontalne uważane są za najbardziej szkodliwe dla konkurencji, gdyż ich skutkiem może być całkowita eliminacja konkurencji na danym rynku³⁵. Taki ich efekt byłby sprzeczny z celami prawa konkurencji, a w szczególności prowadziłby do gromadzenia i możliwego nadużywania siły rynkowej przez przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu. Niosące największe zagrożenie dla konkurencji porozumienia horyzontalne polegają na ustalaniu cen lub wielkości produkcji, podziale rynków oraz utrzymywaniu przez zaangażowane w dane porozumienie przedsiębiorstwa władzy rynkowej pozwalającej na negatywny wpływ na różnorodność rynkową i jakość produktów lub innowacji³⁶. Takie porozumienia niezgodne są z dwoma podstawowymi celami prawa konkurencji, gdyż z jednej strony ich celem jest doprowadzenie do braku stymulacji efektywności alokacyjnej lub produkcyjnej, a z drugiej - zazwyczaj prowadzą do nagromadzenia siły rynko-

30 Zgodnie z art. 43 ust. 2 TFUE Parlament Europejski i Rada ustanawiają wspólną organizację rynków rolnych, modyfikującą reguły konkurencji w stosunku do podmiotów działających na tychże rynkach.

31 Wyrok TSUE z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), ECLI:EU:C:1966:38.

32 J. Faull, L. Kjølbjæ, H. Leupold, A. Nikpay, *Article 101* [w:] J. Faull, A. Nikpay, *The EU law of competition*, Oxford 2014, s. 189.

33 Wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-74/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Volkswagen AG, ECLI:EU:C:2006:460; wyrok w sprawie Consten & Grundig.

34 E. Elhauge, D. Geradin, *op.cit.*, s. 55.

35 A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, *EU competition law, text, cases, and materials*, Oxford 2019, s. 643.

36 Wytoczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z dnia 14 stycznia 2011 roku, Dz.U.U.E.C. z 2011 r. Nr 11, ss. 1-72 z późn. zm.

wej, co ma negatywny wpływ na wolności i prawa indywidualne oraz gospodarcze. Z reguły ich efekt jest sprzeczny również z interesem publicznym. W kontekście porozumień horyzontalnych wystarczająca jest konstatacja, iż są one zawierane pomiędzy konkurentami lub zgodnie z orzecznictwem TSUE³⁷ pomiędzy potencjalnymi konkurentami³⁸. Porozumienia wertykalne natomiast, tak jak wskazano powyżej, obejmują relacje pomiędzy przedsiębiorstwami niepozostającymi w relacji współzawodnictwa (działającymi na różnych rynkach właściwych). Zgodnie z definicją zawartą w najważniejszym akcie prawnym z perspektywy dopuszczalności porozumień wertykalnych, a mianowicie w art. 1 rozporządzenia VBER „porozumienie wertykalne oznacza porozumienie lub praktykę uzgodnioną zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, działającymi - w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej - na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży, które dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony”. Do tej kategorii porozumień kwalifikować się będą przykładowo porozumienia zawierane pomiędzy: producentem a dealerem, hurtownikiem a detalistami i licencjodawcą a licencjobiorcą. Najczęściej spotykane będą one w formie umowy franchisingu, wyłącznej lub selektywnej dystrybucji czy umowy licencyjnej. W doktrynie przyjęło się określanie kategorii porozumień wertykalnych jako porozumień dystrybucyjnych³⁹. Porozumienia tego rodzaju umożliwiają producentowi wprowadzenie swojego produktu lub usługi na określony rynek, przy wykorzystaniu działających już na rynku niezależnych podmiotów, które niejako przejmują na siebie ryzyko biznesowe związane z dalszą odsprzedażą lub wykorzystaniem produktu wytworzonego przez producenta⁴⁰.

Przytoczona powyżej definicja porozumienia wertykalnego zawarta w rozporządzeniu VBER wprost wskazuje, że porozumienie takie niekoniecznie zawarte musi być pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami, ale może obejmować również szersze ich grono, na przykład w przypadku zawiązania go pomiędzy producentem, sprzedawcą hurtowym i sprzedawcą detalicznym. Spełniony jest w przypadku takiej relacji warunek działania stron porozumienia na różnych szczeblach obrotu. Za wątpliwe należy natomiast uznać zakwalifikowanie jako porozumienia wertykalnego w rozumieniu rozporządzenia VBER umowy pomiędzy producentem a więcej niż jednym dystrybutorem. Umowa taka naturalnie odbijałaby się w znacznym stopniu również na relacjach pomiędzy samymi dystrybutorami co nadaje jej cech porozumienia horyzontalnego. W doktrynie⁴¹ oraz orzecznictwie⁴² takie porozumienie nazywane jest *hub and spoke*, co ilustruje producenta (*hub*) oraz powiązanych z nim dystrybutorów (*spoke*). W niektórych przypadkach właśnie tego rodzaju relacja prowadzi do powstania kartelu obejmującego kilka szczebli obrotu. Powyższe nie prowadzi

37 Patrz przykładowo: Wyrok TSUE z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie Generics (UK) Ltd i in. przeciwko Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:52.

38 Możliwe jest stwierdzenie istnienia porozumienia horyzontalnego pomiędzy przedsiębiorstwami niebędącymi konkurentami lub potencjalnymi konkurentami, które przykładowo działają na tożsamym rynku produktowym, jednak na różnych rynkach geograficznych, co sprawia, że nie są nawet potencjalnymi konkurentami. Na potrzeby niniejszego opracowania kwestia ta nie wymaga jednak dalszej analizy.

39 Patrz przykładowo: D.G. Goyder, *EC competition law*, Oxford 2003, ss. 163 i nast.

40 *Ibidem*.

41 Patrz przykładowo: I. Małobęcka-Szwast, *Hub-and-spoke cartel - how to assess horizontal collusion in disguise?* *Krytyka Prawa*, vol. 8, issue 2, 2016, ss. 64-78.

42 Patrz przykładowo: Wyrok TSUE z dnia 13 maja 2015 r., w sprawie T-162/10 Niki Luftfahrt GmbH przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2015:283.

do ograniczenia możliwości zawarcia porozumienia wertykalnego przez producenta z wieloma dystrybutorami, jednak w celu kwalifikacji tego rodzaju relacji jako porozumień wertykalnych w rozumieniu rozporządzenia VBER konieczne jest ustanowienie dla każdej z nich odrębnej i samodzielnej umowy. Powiązanie takiej umowy z warunkami przewidzianymi w umowach zawartych z innymi dystrybutorami może również prowadzić do kwalifikacji danej relacji jako porozumienia horyzontalnego, a co za tym idzie - utracenia przez nią korzyści płynących z uznania za porozumienie wertykalne. Powiązanie takie jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach, w których jest ono niezbędne ze względu na charakter porozumienia, przykładowo w przypadku umów o wyłączną dystrybucję.

Wskazane powyżej rozróżnienie porozumień horyzontalnych i wertykalnych nie jest jednak wyczerpujące. W szczególnych okolicznościach dane porozumienie może zostać uznane zarówno za horyzontalne, jak i wertykalne. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku, kiedy w systemie dystrybucji dostawca produktu nim objętego działa równocześnie jako jego dystrybutor. Oznacza to, że dostawca jest z jednej strony przedsiębiorstwem działającym na wyższym szczeblu obrotu, a z drugiej strony co najmniej potencjalnym konkurentem niezależnego dystrybutora tego produktu⁴³. Podobnie jest w przypadku umowy franchisingu zawierającej licencję produkcyjną - jeśli franchisingodawca jest producentem towarów, których dotyczy licencja. W takiej sytuacji konieczne będzie ustalenie, czy franchising ma na celu dystrybucję towarów, gdzie w przypadku odpowiedzi twierdzącej relacja taka powinna zostać zakwalifikowana jako porozumienie wertykalne⁴⁴. Najbardziej niejednoznaczny w kontekście kwalifikacji do określonego rodzaju porozumień przypadek związany jest jednak z prawem własności intelektualnej. W sytuacji gdy udzielona zostaje licencja praw na produkcję związaną z patentem lub *know-how*, licencjodawca może podjąć się samodzielnej produkcji danego towaru, co oznacza, iż jest on potencjalnym konkurentem licencjobiorcy. Komisja w zakresie kwalifikacji takiej sytuacji jako porozumienia horyzontalnego lub wertykalnego wydaje się stawać po stronie uznania jej za porozumienie horyzontalne⁴⁵. Poczynione powyżej rozważania dotyczące kwalifikacji danych porozumień jako horyzontalnych lub wertykalnych są niezmiernie istotne w kontekście identyfikacji, czy dana relacja jest dopuszczalna na gruncie prawa konkurencji, gdyż pewne aspekty porozumienia pomiędzy stronami mogą być niedopuszczalne w przypadku jego kwalifikacji jako porozumienia horyzontalnego, a jednocześnie nie budzić żadnych wątpliwości z perspektywy prawa konkurencji w przypadku uznania go za porozumienie wertykalne.

W kontekście niedozwolonych porozumień i różnic pomiędzy porozumieniami horyzontalnymi i wertykalnymi konieczne jest wskazanie, że pierwsze z nich, co do zasady, rzadko niosą za sobą pozytywne skutki dla rynku, natomiast zawarcie porozumienia dystrybucyjnego może być jedyną dla danego przedsiębiorstwa możliwością wejścia na dany rynek i dotarcia do ostatniego ogniwa łańcucha dystrybucji, którym jest konsument, co stanowi bezsprzecznie pozytywny skutek takiego porozumienia. Bez możliwości wykorzystania istniejącej już w danej lokalizacji sieci dystrybucji

43 A. Gurin, L. Peeperkorn, *Vertical agreements* [w:] J. Faull, A. Nikpay, *op. cit.*, s. 1385.

44 A. Gurin, L. Peeperkorn, *op. cit.*, s. 1389.

45 C-D. Ehlermann, *The contribution of EC competition policy to the single market*, *Common Market Law Review*, vol. 29, issue 2, 1992, s. 262.

lub wejścia w relacje gospodarczą z podmiotem mającym możliwość stworzenia takiej sieci przedsiębiorstwo chcące rozpocząć działalność na danym rynku, ze względów ekonomicznych, nigdy nie miałoby szans jego eksploatacji, a co za tym idzie - obecni na nim konsumenci nie mieliby możliwości nabycia jego produktu lub skorzystania z usługi⁴⁶. Zawarcie w porozumieniach wertykalnych postanowień ograniczających konkurencję wewnątrzmarkową może również warunkować dokonanie przez dystrybutora dodatkowych inwestycji, na przykład w świadczenie usług posprzedażowych, co ostatecznie prowadzi do wymiernej korzyści dla konsumenta⁴⁷. Oznacza to, iż porozumieniem wertykalnym częściej, choć nie zawsze, można przypisać pozytywne skutki nie tylko dla ich uczestników, ale również dla konsumentów, a szerzej dla całego społeczeństwa⁴⁸.

Korzyści takie zdecydowanie rzadziej wystąpią natomiast, co do zasady, w przypadku większości porozumień horyzontalnych, z których zysk przeznaczony jest wyłącznie dla jego uczestników i zazwyczaj osiągany jest on kosztem konsumenta. Reasumując, porozumienia wertykalne w określonych okolicznościach będą służyć zwiększeniu dobrobytu konsumenckiego (lub ogólnego), a często także będą przeciwdziałać gromadzeniu siły rynkowej przez inne podmioty. Tym samym ich funkcjonowanie w pewnym zakresie będzie realizować cele prawa konkurencji. Z tego względu unijny prawodawca zdecydował się na wprowadzenie zdecydowanie bardziej liberalnych zasad dotyczących oceny porozumień wertykalnych, automatycznie wyłączając określone ich kategorie spod zakazu zawartego w artykule 101 TFUE. Wyłączenie to nie jest oczywiście bezwzględne i obwarowane jest spełnieniem warunków, które zostaną omówione w dalszej części pracy. Należy jednak zaznaczyć, że nie wszystkie z postanowień stosowanych w relacjach wertykalnych zostały uznane za niosące za sobą opisane powyżej korzyści i z uwagi na ich negatywny wpływ na konkurencję ich stosowanie nie korzysta z dobrodziejstwa, jakim jest generalne wyłączenie spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję ustanowione w rozporządzeniu VBER⁴⁹. To właśnie katalog tego rodzaju praktyk w ramach relacji wertykalnych budzi największe emocje w kontekście nowego rozporządzenia.

3. Stosowanie artykułu 101 TFUE do porozumień wertykalnych

Omówione powyżej rozróżnienie pomiędzy porozumieniami horyzontalnymi oraz wertykalnymi nie znajduje odzwierciedlenia w treści artykułu 101 TFUE. Przepis ten swoim zakresem przedmiotowym obejmuje wszelkie porozumienia i praktyki uzgodnione między przedsiębiorstwami, nie dokonując podziału ze względu na ich horyzontalny lub wertykalny charakter. Oznacza to, że przepisy traktatowe nie przewidują szczególnego (uprzywilejowanego) traktowania porozumień wertykalnych z uwagi na płynące z nich korzyści. Również TSUE w wyroku w sprawie *Consten & Grundig*⁵⁰ wydanym w 1966 roku, stwierdził, iż „artykuł 85 odnosi się w sposób generalny do wszelkich porozumień naruszających konkurencję na wspólnym ryn-

46 R. Wish, *Competition Law*, Londyn 2001, s. 535.

47 A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, *op. cit.*, s. 748.

48 *Ibidem*, s. 737.

49 *Ibidem*, s. 758.

50 Wyrok w sprawie *Consten & Grundig*.

ku, nie dokonuje się więc rozróżnienia pomiędzy tymi porozumieniami w zależności od tego, czy zostały zawarte między przedsiębiorstwami konkurencyjnymi na tym samym stadium procesu gospodarczego, czy między przedsiębiorstwami niekonkurującymi ze sobą na różnych stadiach procesu; co do zasady nie można wprowadzać rozróżnienia w miejscach, gdzie nie wprowadza go Traktat”.

Pierwszym unijnym aktem prawnym, który dopuszczał stosowanie wyłączeń od zakazu zawartego w art. 101 TFUE, było rozporządzenie Rady nr 17 z dnia 21 lutego 1962 r. - pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu⁵¹. Rozporządzenie to nie przewidywało jednak możliwości ustanowienia wyłączenia grupowego dla określonego rodzaju porozumień, a jedynie wyłączeń indywidualnych, przyznawanych każdemu z porozumień oddzielnie. Rozporządzenie to nie zawierało żadnych bardziej liberalnych zasad dotyczących wyłączeń porozumień wertykalnych, a co za tym idzie - oceniane były one wówczas w sposób tożsamy z rozporządzeniami horyzontalnymi. Rada, wydając je, uczyniła użytek z kryteriów określonych w artykule 101 ust. 3 TFUE, który zezwala na wyłączenie spod zakazu zawierania porozumień, tych z nich, „które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez: a) nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów; b) dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów”. Natomiast już pod koniec 1963 roku rozpoczęły się prace nad aktem prawnym umożliwiającym Komisji dokonywanie za pomocą rozporządzeń wyłączeń grupowych dla pewnych kategorii porozumień z wyłączeniem tych, które są w stanie w szczególny sposób ograniczyć konkurencję na rynku wewnętrznym.

Jednym z głównych czynników, które skłoniły Komisję do podjęcia prac nad wprowadzeniem wyłączeń grupowych, była przytłaczająca ilość podobnych wniosków o wyłączenia indywidualne (z których większość, bowiem około 30 000⁵², dotyczyła systemów wyłącznej dystrybucji), często uniemożliwiająca normalną pracę Komisji, która zmuszona była do formalnego rozpatrywania każdego z nich⁵³. Akt ten został ostatecznie przyjęty 2 marca 1965 roku w formie *Rozporządzenia Rady nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych*⁵⁴, które weszło w życie 26 marca 1965 roku. Doświadczenie zdobyte przez Komisję przy sprawie *Consten & Grundig*⁵⁵, a także przy kilku innych sprawach⁵⁶ pozwoliło na zdefiniowanie w rozporządzeniu 19/65/EWG kryteriów umożliwiających Komisji dokonanie wyłączenia grupowego właśnie dla systemów wyłącznej dystrybucji oraz porozumień związanych z licencjami patento-

51 *Rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 21 lutego 1962 r. pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu*, Dz.U. z 1962 r. Nr 13, ss. 204-211 z późn. zm.

52 V. Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, 2000, s. 238.

53 D.G. Goyder, *op. cit.*, s. 47.

54 *Rozporządzenie Rady nr 19/65/EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych*, Dz.U.UE.L. z 1965 r. Nr 36, ss. 533-535 z późn. zm.

55 Decyzja Komisji nr 64/566/EWG z dnia 23 września 1964 r. w sprawie IV-A/00004-03344 Grundig-Costen, Dz.U.UE.L. z 1964 r. Nr 161, ss. 2545-2553.

56 Patrz przykładowo: Decyzja Komisji nr 65/426/EWG z dnia 17 września 1965 r. w sprawie IV/A-02702 Hummel-Isbecque, Dz.U.UE.L. z 1965 r. Nr 156, ss. 2581-2584; Decyzja Komisji nr 66/5/EWG z dnia 17 grudnia 1965 r., w sprawie IV/A-22491 Maison Jallatte S.A. - Hans Voss KG, Dz.U.UE.L. z 1966 r. Nr 3, ss. 37-40.

wymi. Wnioski płynące z dotychczasowej praktyki i orzecznictwa wykorzystane zostały także w rozporządzeniu Komisji nr 67/67/EWG w sprawie stosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień o wyłączności handlowej⁵⁷, które przewidywało wyłączenie grupowe dla porozumień dotyczących wyłączności handlowej (zarówno dystrybucji, jak i zakupu) spod zakazu wyrażonego w art. 101 TFUE.

W 1983 roku rozporządzenie 67/67/EWG zostało zastąpione przez dwa oddzielne akty prawne. Pierwszym z nich było rozporządzenie Komisji nr 1983/83⁵⁸ regulujące kwestie wyłączenia grupowego dla porozumień dotyczących systemów wyłącznej dystrybucji, natomiast drugim - rozporządzenie Komisji nr 1984/83⁵⁹ dotyczące wyłączenia grupowego dla porozumień o wyłączności zakupu. Rozporządzenia te stanowiły kontynuację dotychczasowej polityki Komisji. Nie wprowadzały one radykalnych zmian w zakresie oceny porozumień wertykalnych, ale doprecyzowywały dotychczasową regulację w niektórych aspektach, prowadząc do jej zaostrzenia. Kolejnym etapem unijnego podejścia do porozumień wertykalnych było opublikowanie przez Komisję 22 stycznia 1997 roku Zielonej Księgi w sprawie ograniczeń wertykalnych w polityce konkurencji Wspólnoty Europejskiej⁶⁰. Stanowiła ona swoisty wstęp do gruntownej nowelizacji przepisów dotyczących porozumień wertykalnych i rozpoczęła proces szeroko zakrojonych konsultacji społecznych w tej sprawie, prezentując również rozważane przez Komisję strategie podejścia do tego tematu. W szczególności Zielona Księga wskazywała na konieczność bardziej wszechstronnego wyłączenia porozumień wertykalnych spod zakazu zawierania niedozwolonych porozumień, obejmującego szerszy ich zakres aniżeli tylko wyłączna dystrybucja i wyłączny zakup, jak miało to wówczas miejsce. Efektem tych prac było *Rozporządzenie Komisji nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*⁶¹, które w życie weszło 1 stycznia 2000 roku.

Zgodnie z motywami rozporządzenia 2790/1999 decyzja o rozszerzeniu zakresu porozumień wertykalnych objętych wyłączeniem grupowym wynikała z dotychczasowej praktyki wskazującej na znaczne korzyści płynące ze stosowania porozumień wertykalnych, które równoważyły niewielkie zagrożenie dla konkurencji z nich płynące, czyli *de facto* wyłączenie to prowadziło do realizacji celów prawa konkurencji. Jak podniesiono w motywie 6 rozporządzenia 2790/1999, „porozumienia wertykalne kategorii określonych w niniejszym rozporządzeniu mogą poprawiać efektywność gospodarczą w ramach łańcucha produkcji lub dystrybucji przez ułatwienie lepszej koordynacji między przedsiębiorstwami uczestniczącymi; w szczególności mogą one prowadzić do obniżenia kosztów transakcji i dystrybu-

57 *Rozporządzenie Komisji nr 67/67/EWG z dnia 22 marca 1967 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień o wyłączności handlowej*, Dz.U.UE. z 1967 r. Nr 57, ss. 849-852.

58 *Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznej dystrybucji*, Dz.U.UE.L. z 1983 r. Nr 173, ss. 1-4.

59 *Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznym zakupie*, Dz.U.UE.L. z 1983 r. Nr 173, ss. 5-11.

60 Zielona Księga w sprawie ograniczeń wertykalnych w polityce konkurencji Wspólnoty Europejskiej, COM(96) 721, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/96721en_en.pdf [dostęp: 29.05.2021 r.].

61 *Rozporządzenie Komisji nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, Dz.U.UE.L. z 1999 r. Nr 336, ss. 21-25 z późn. zm.

cji stron porozumienia i do optymalizacji ich poziomów sprzedaży i inwestycji”. Wyłączenie niektórych porozumień wertykalnych spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie było bezwarunkowe i ograniczone zostało pewnymi warunkami, które musiały zostać spełnione w celu czerpania przez dane porozumienie wertykalne z korzyści wynikających z rozporządzenia 2790/1999. Akt ten wprowadził jednocześnie fundamentalną zmianę w podejściu Komisji do oceny porozumień wertykalnych. Rozporządzenie 2790/1999 przewidywało listę praktyk, które poprzez swój silny antykonkurencyjny skutek bezwzględnie nie mogły być przedmiotem wyłączenia spod zakazu zawartego w artykule 101 TFUE (tzw. czarne klauzule). Pozostałe formy porozumień wertykalnych - przy spełnieniu ogólnych przesłanek zastosowania rozporządzenia 2790/1999 - zostały uznane za wyłączone spod zakazu przewidzianego w art. 101 TFUE. Oznaczało to w praktyce, że dopóki w relacji wertykalnej nie doszło do zastosowania czarnych klauzul, porozumienie takie uznawane było za nienaruszające prawa konkurencji. Była to najistotniejsza różnica względem wcześniej obowiązujących regulacji, które zawierały listę praktyk dopuszczalnych, jednocześnie zakazując tych niewymienionych wprost w akcie prawnym. Powyższa zamiana w antymonopolowej ocenie porozumień wertykalnych była konsekwencją zastosowania tzw. bardziej ekonomicznego podejścia do oceny tych porozumień na gruncie art. 101 TFUE. Wiązało się ona jednocześnie z daleko idącymi skutkami dla samych przedsiębiorstw i Komisji. Wraz z wejściem w życie rozporządzenia 2790/1999 Komisja zaprzestała stosowania wyłączeń indywidualnych dla poszczególnych porozumień wertykalnych. Ocena dopuszczalności tych porozumień została przeniesiona na przedsiębiorstwa, które same miały dokonywać analizy co do zgodności zawieranych przez nich umów z przepisami prawa konkurencji. Narzędziem, jakie miały mieć wspierać przedsiębiorstwa w dokonywaniu przez nich oceny antymonopolowej, były opublikowane przez Komisję 13 października 2000 r. wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych⁶² („wytyczne 2790/1999”). W dokumencie tym Komisja po raz pierwszy w tak obszernym zakresie przedstawiła nie tylko interpretację postanowień rozporządzenia 2790/1999, ale także najważniejsze wskazówki, jakimi powinny się kierować przedsiębiorstwa dokonujące oceny zawieranego porozumienia wertykalnego. Pomimo że wytyczne Komisji w żadnym wypadku nie mogą być uznane za prawo powszechnie obowiązujące, stały się one niezbędnym przewodnikiem dla prawidłowej interpretacji dopuszczalnych i niedopuszczalnych postanowień w porozumieniach wertykalnych.

Rozporządzenie 2790/1999, zgodnie z rozporządzeniem 19/65/EWG, obowiązywało przez 10 lat, tj. do końca 2010 roku. Określony czas obowiązywania wyłączeń grupowych ustanowiono ze względu na fakt, że aspekty związane z prawem konkurencji, a w szczególności regulacje w pewnym stopniu je liberalizujące, wymagają zapewnienia stabilności legislacyjnej, a jednocześnie bardzo szybki rozwój gospodarczy i społeczny trwający od II połowy XX wieku mogą spowodować, że przyjęte rozwiązania po pewnym czasie zdezaktualizują się i mogą wymagać przystosowania do nowych realiów i otoczenia rynkowego. Uznano wówczas, że bieżące nowelizowanie rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych będzie nieefektywne, a ponadto będzie prowadzić do stałej niepewności co do stanu prawnego, który w każdej chwili może ulec zmianie. Zgodnie z przewidywaniami po upływie tego

62 Obwieszczenie Komisji z dnia 13 października 2000 roku - wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.U.U.E.C. z 2000 r. Nr 291, ss. 1-44.

okresu konieczne było wprowadzenie pewnych zmian w zakresie regulacji porozumień wertykalnych, mających za zadanie dostosowanie przepisów do zmieniających się realiów, w szczególności poprzez uwzględnienie przy ocenie antymonopolowej siły rynkowej nabywców.

W trakcie obowiązywania Rozporządzenia 2790/1999 miała miejsce również rewolucja w zakresie stosowania unijnego prawa konkurencji. Uchwalone zostało bowiem rozporządzenie 1/2003⁶³, które wprowadzało między innymi wiele zmian proceduralnych w zakresie stosowania art. 101 TFUE, ale zawierało także przepisy o charakterze materialnym. Podstawową materialną zmianą wprowadzoną rozporządzeniem 1/2003 była zasada bezpośredniego stosowania przez krajowe organy ochrony konkurencji art. 101 oraz 102 TFUE w sprawach mogących wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Takie podejście sprawiało, że krajowe organy ochrony konkurencji zobowiązane były również do bezpośredniego stosowania wyłączeń grupowych spod zakresu stosowania art. 101 TFUE, w tym rozporządzenia 2790/1999.

Przed upływem okresu obowiązywania rozporządzenia 2790/1999 Komisja uchwaliła obecnie obowiązującą regulację, która będzie obowiązywać jeszcze do 31 maja 2022 roku, a mianowicie rozporządzenie VBER. Utrzymało ono zasadę dokonywania przez przedsiębiorstwa samooceny legalności zawieranych przez nich porozumień wertykalnych, wprowadzając jednocześnie kilka istotnych zmian w dotychczasowym podejściu do oceny tych porozumień, które były wynikiem dziesięcioletniej praktyki stosowania rozporządzenia 2790/1999. Proces prac nad kształtem rozporządzenia VBER oraz koniecznych zmian został zapoczątkowany przez Komisję Europejską na około 2 lata przed upływem terminu obowiązywania ówczesnej regulacji. W ramach przeprowadzonych konsultacji ustalono, iż dotychczasowe doświadczenia z wyłączeniem grupowym dla porozumień wertykalnych są, co do zasady, pozytywne i wpływają korzystnie na rozwój konkurencji na rynku wewnętrznym.

Podstawowe zmiany w zakresie porozumień wertykalnych wprowadzone za pomocą rozporządzenia VBER dotyczyły wprowadzenia, obok dotychczas obowiązującego progu udziałów rynkowych dostawcy, które nie mogły przekraczać 30% na właściwym dla niego rynku w celu skorzystania przez niego z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego, również tożsamego progu udziałów nabywcy⁶⁴. Niniejsze zaostrzenie warunków umożliwiających uznanie porozumienia wertykalnego za dopuszczalne na podstawie wyłączenia grupowego było związane ze strukturalnymi zmianami rynkowymi, objawiającymi się między innymi większą koncentracją na rynku sprzedaży detalicznej, co prowadziło do powstania po stronie nabywców bardzo silnych rynkowo podmiotów, które mogły inicjować zawarcie w porozumieniu postanowień prowadzących do ograniczenia konkurencji. Taka sytuacja nie miała miejsca pod koniec lat 90. XX wieku, kiedy projektowane było rozporządzenie 2790/1999, co spowodowało przyjęcie przez unijnego prawodawcę założenia, iż to dostawca jest w każdym przypadku silniejszą stroną danej relacji i to on ma większy wpływ na jej kształt. Druga z istotnych zmian wprowadzonych przy okazji wejścia w życie

63 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.U.L 1 z 4.01.2003, ss. 1-25.

64 Już na gruncie Rozporządzenia 2790/1999 próg 30% udziałów w rynku właściwym dla nabywcy mógł zostać zastosowany, jednak wyłącznie w sytuacji, w której porozumienie między przedsiębiorstwami dotyczyło zobowiązania do wyłącznych dostaw.

rozporządzenia VBER była spowodowana niedającym się przewidzieć dziesięć lat wcześniej rozwojem aktywności *online*, w tym sprzedaży przedsiębiorstw przy wykorzystaniu Internetu.

Zmiany dotyczące oceny porozumień wertykalnych związanych ze sprzedażą internetową nie zostały jednak wprowadzone do treści rozporządzenia VBER, ale do nowych wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, które zostały opublikowane w formie komunikatu Komisji w dniu 19 maja 2010⁶⁵ (dalej: „wytyczne VBER”), które zawierają szereg praktycznych wskazówek i analiz odnoszących się do dystrybucji *online*⁶⁶. Takie podejście przyjęte przez prawodawcę dobitnie wskazuje na wyjątkowo istotną rolę, jaką można przypisać wytycznym VBER, które z jednej strony nie stanowią prawa powszechnie obowiązującego, z drugiej zaś - w wielu aspektach rozszerzają, a co najmniej modyfikują literalne brzmienie rozporządzenia VBER.

Pozostałe zmiany wprowadzone przez rozporządzenie VBER - aczkolwiek równie istotne - nie miały tak fundamentalnego znaczenia. Co ważne - Komisja, nie chcąc wywoływać mogących przynieść negatywne skutki gwałtownych działań rynkowych przedsiębiorstw, które stosowały praktyki dopuszczalne na gruncie rozporządzenia 2790/1999, a zakazane rozporządzeniem VBER, ustanowiła roczny okres przejściowy, podczas którego do takich porozumień nie miał zastosowania zakaz przewidziany w artykule 101 TFUE.

4. Przesłanki zastosowania rozporządzenia VBER

Przed przejściem do szczegółowego omówienia praktyk nieobjętych wyłączeniem grupowym na podstawie rozporządzenia VBER konieczne jest przedstawienie podstawowych warunków umożliwiających skorzystanie z tego wyłączenia. Przede wszystkim zasadą wynikającą z art. 2 ust. 1 rozporządzenia VBER jest wyłączenie zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE do wszystkich porozumień wertykalnych - to jest porozumień zawartych przez co najmniej dwa przedsiębiorstwa, w ramach których każda ze stron działa na różnym szczeblu obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży. W stosunku do porozumień zawieranych między związkiem przedsiębiorstw i jego członkami lub dostawcami stosowanie wyłączenia zostało uzależnione od tego, że wszyscy jego członkowie związku są detalicznymi sprzedawcami towarów, a roczny obrót żadnego z nich nie przekracza 50 mln EUR⁶⁷. Również w przypadku porozumień związanych z przeniesieniem lub korzystaniem z praw własności intelektualnej zastosowanie wyłączenia warunkowane jest tym, aby postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej nie stanowiły podstawowego przedmiotu tych porozumień i były bezpośrednio związane z używaniem, ze sprzedażą lub z odsprzedażą towarów lub usług⁶⁸. Jak już wspomniano powyżej, co do zasady wyłączenie ma zastosowanie wyłącznie do porozumień wertykalnych zawieranych pomiędzy przedsiębiorstwami niebędącymi konkurentami. Dopuszcza się jednak zastosowanie go

65 Komunikat Komisji z dnia 19 maja 2010 roku, *op. cit.*

66 W szczególności patrz pkt. 52-54 wytycznych VBER.

67 Art. 2 ust. 2 rozporządzenia VBER. Istotne jest, iż zgodnie z art. 7 rozporządzenia VBER próg 50 mln EUR może zostać przekroczony o nie więcej niż 10%, bez uszczerbku dla możliwości skorzystania z wyłączenia.

68 Art. 2 ust. 3 rozporządzenia VBER.

do przedsiębiorstw konkurujących, jednak pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek. Po pierwsze, porozumienie takie musi mieć charakter niewzajemny, co w tym przypadku oznacza, że jeśli jedno z przedsiębiorstw dostarcza towaru drugiemu, drugie nie może świadczyć takich usług dla pierwszego. Wykluczone z zastosowania wyłączenia są zatem wszelkie relacje między konkurentami polegające na tzw. sprzedaży krzyżowej (ang. *cross-supplies*)⁶⁹. Niewzajemny charakter porozumienia wertykalnego między konkurentami nie jest jednak wystarczający do uznania go za korzystające z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu VBER. W tym celu konieczne jest spełnienie jednej z dwóch pozostałych przesłanek.

Pierwsza z nich obejmuje sytuację, w której „dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na szczeblu wytwórstwa”⁷⁰. Dodatkowo wyłączeniem objęta będzie również sytuacja, w której „dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca dostarcza towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem”⁷¹. Obie z tych przesłanek dotyczą sytuacji podwójnej dystrybucji, czyli sytuacji, w której producent działa również jako dystrybutor, konkurując z niezależnymi dystrybutorami jego produktów lub usług⁷². Pierwsza z nich dotyczy podwójnej dystrybucji towarów. Została ona jednak stosunkowo wąsko zakreślona, bowiem nie obejmuje przypadku porozumienia pomiędzy hurtownikiem a sprzedawcą detalicznym lub pomiędzy producentem i przedsiębiorstwem zajmującym się dalszym przetwarzaniem tego towaru⁷³. Druga z przesłanek dotyczy natomiast podwójnej dystrybucji usług i jej przykładem może być relacja, w której franchisingodawca świadczy usługi franchisingobiorcy, jednocześnie prowadząc swoje własne sklepy⁷⁴.

Kolejnym warunkiem skorzystania z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu VBER jest odpowiedni udział w rynku właściwym. Udział ten określony został jako próg 30% w rynku właściwym zarówno dla dostawcy, jak i nabywcy. Z oczywistych względów dla dostawcy będzie to rynek wyższego szczebla, czyli sprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem, a dla nabywcy - rynek niższego szczebla, czyli zakupu towarów lub usług objętych porozumieniem. Rozporządzenie VBER wskazuje w art. 7 zasady obliczania udziałów rynkowych - i tak udział dostawcy wyliczany jest na podstawie wartości sprzedaży rynkowej, a nabywcy - na podstawie wartości zakupów rynkowych. W przypadku braku dostępności takich danych mogą one zostać ustalone na innych wiarygodnych podstawach, takich jak wielkość sprzedaży i zakupów. Udziały te są obliczane w oparciu o dane dotyczące poprzedniego roku kalendarzowego, a udział dostawcy obejmuje wszelkie towary lub usługi dostarczone na potrzeby sprzedaży dystrybutorom zintegrowanym wertykalnie. Przekroczenie wskazanego progu przez którąkolwiek ze stron porozumienia powoduje wykluczenie go z zakresu rozporządzenia, a co za tym idzie - brak możliwości

69 A. Gurin, L. Peepkorn, *op. cit.*, s. 1385.

70 Art. 2 ust. 4 lit. a rozporządzenia VBER.

71 Art. 2 ust. 4 lit. b rozporządzenia VBER.

72 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX, 2016.

73 *Ibidem*.

74 A. Gurin, L. Peepkorn, *op. cit.*, s. 1386.

zastosowania do niego wyłączenia grupowego⁷⁵. Co ważne, art. 7 rozporządzenia VBER przewiduje również sytuację, w której udział rynkowy początkowo nie przekracza 30%, jednak później wzrasta powyżej tej wartości. Jeśli udział ten nie przekroczył 35%, wyłączenie może być stosowane przez dwa lata następujące po roku, w którym doszło do przekroczenia progu 30%. Natomiast w przypadku przekroczenia progu 35%, wyłączenie może być stosowane przez okres jednego roku po roku, w którym doszło do przekroczenia progu 30%. Ustanowienie takiego progu przez Komisję było umotywowane możliwymi skutkami porozumienia w odniesieniu do rynku. Uznano, iż w przypadku porozumień, których uczestnikami są przedsiębiorstwa posiadające znaczną siłę ekonomiczną, negatywne skutki rynkowe płynące z porozumienia z dużym prawdopodobieństwem przeważają nad skutkami pozytywnymi⁷⁶. Wprowadzenie progu udziałów rynkowych związane jest z jedną z najważniejszych reguł unijnego prawa konkurencji w stosunku do porozumień wertykalnych, a mianowicie, z tym, iż „problemy w zakresie konkurencji mogą pojawić się jedynie wówczas, gdy konkurencja na co najmniej jednym poziomie wymiany handlowej jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień władzy rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach”⁷⁷.

Pozostałe dwie zasady pozwalające na skorzystanie z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu VBER są najistotniejsze z punktu widzenia niniejszej pracy ze względu na fakt, że to głównie w ich zakresie Komisja wprowadzać będzie zmiany, przyjmując nowe rozporządzenie. Pierwsza z nich zawarta w art. 4 rozporządzenia VBER przewiduje, iż wyłączenie nie będzie miało zastosowania do porozumień, które „bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu” jedno z wymienionych w tym artykule ograniczeń konkurencji. Zawarta w art. 4 rozporządzenia VBER lista jest zamknięta, a wymienione w niej praktyki stanowią najpoważniejsze ograniczenia, które stanowią tak zwane *hardcore restrictions* lub czarne klauzule. Stosowanie w ramach porozumienia wertykalnego jednej z tego rodzaju praktyk powoduje niemożność skorzystania przez całe porozumienie z wyłączenia grupowego, niezależnie od spełnienia innych przesłanek. Rozwiązanie to wynika z przyjęcia, że pozytywne skutki porozumień zawierających *hardcore restrictions*, nawet jeśli występują, nie rekompensują negatywnych następstw takiego porozumienia dla rynku⁷⁸. Praktyki kwalifikowane jako *hardcore restrictions* są antykonkurencyjne ze względu na sam ich cel, a co za tym idzie - brak jest konieczności wykazywania ich antykonkurencyjnych skutków⁷⁹. Co ważne, Komisja stoi na stanowisku, iż wszystkie porozumienia zawierające *hardcore restrictions* wchodzą w zakres art. 101 ust. 1 TFUE⁸⁰, czyli stanowią niedozwolone porozumienie i naruszenie prawa konkurencji.

Druga z zasad dotyczy ograniczeń mogących mieć charakter antykonkurencyjny, których zawarcie w porozumieniu nie stanowi jednak o pozbawieniu całego porozumienia możliwości czerpania z wyłączenia grupowego. W takim przypadku wyłączenie

75 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Porozumienia wertykalne objęte rozporządzeniem 330/2010* [w:] F. Wijckmans et al., *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska - Polska, tłum. A. Jurkowska-Gomułka, M. Modzelewska de Raad, O. Szejnert-Roszak, Warszawa 2018.*

76 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010*, op. cit.

77 Komunikat Komisji z dnia 19 maja 2010 roku, op. cit., pkt 6.

78 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010*, op. cit.

79 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, op. cit., s. 250.

80 Komunikat Komisji z dnia 19 maja 2010 roku, op. cit., pkt 47.

czenia nie stosuje się wyłącznie do danej klauzuli, a pozostała część porozumienia może z niego w dalszym ciągu korzystać⁸¹. Ze względu na mniej rygorystyczny sposób traktowania tego rodzaju ograniczeń nazywa się je klauzulami szarymi⁸². Ograniczenia te nie są ograniczeniami ze względu na cel, nie stosuje się wobec nich domniemania naruszenia konkurencji, które znajduje zastosowanie wobec *hard-core restrictions*, a co za tym idzie - konieczne jest wykazanie przez Komisję ich antykonkurencyjnych skutków w celu uznania ich za naruszające zakaz, o którym mowa w art. 101 TFUE. Lista klauzul szarych zawarta w art. 5 rozporządzenia VBER, podobnie jak w przypadku *hardcore restrictions*, stanowi katalog zamknięty.

Jak już zasygnalizowano powyżej, od 2018 roku Komisja prowadzi aktywne działania związane z przygotowaniem projektu nowego rozporządzenia, które zastąpi rozporządzenie VBER obowiązujące do 31 maja 2022 roku. Szybki postęp technologiczny ostatniej dekady oraz postępująca w nieznanym dotąd tempie globalizacja sprawiają, iż w ramach prac nad nowymi przepisami Komisja mierzy się z kilkoma kluczowymi kwestiami wymagającymi uwzględnienia w nowym rozporządzeniu. Przede wszystkim - jak omówiono powyżej - zawarte dotychczas jedynie w wytycznych VBER wskazówki co do działalności *online* z dużym prawdopodobieństwem będą jedną z najszerzych i najważniejszych zmian zawartych w nowym rozporządzeniu. Ponadto, zgodnie z dostępnymi na moment złożenia niniejszej pracy informacjami, Komisja rozważa złagodzenie podejścia do takich kwestii jak: długoterminowe zakazy konkurencji, ustalanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży czy stosowania podwójnych cen. Zaostrzone mogą zostać natomiast między innymi regulacje związane z klauzulami najwyższego uprzywilejowania. To właśnie klauzule czarne i klauzule szare stanowią największe wyzwanie interpretacyjne w praktyce oraz najszerze pole do dyskusji o ewentualnej konieczności ich zmian w nowym rozporządzeniu. W głównej mierze to na nich oparta zostanie analiza planowanych zmian prawnych w zakresie porozumień wertykalnych, w której uwzględnione zostaną: historyczne tło zawarcia w rozporządzeniu VBER danego ograniczenia, poglądy doktryny i orzecznictwa oraz omówienie zmian, które z dużym prawdopodobieństwem zostaną wprowadzone do nowego rozporządzenia.

81 A. Gurin, L. Peepkorn, *op. cit.*, s. 1406.

82 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010, op. cit.*

Rozdział II

Ograniczenia wertykalne właściwe dla różnych modeli dystrybucji

1. Ustalanie cen odsprzedaży

1.1. Pojęcie ustalania cen odsprzedaży i geneza regulacji

Pierwszym poddanym analizie rodzajem porozumienia wertykalnego jest ustalanie cen odsprzedaży, uznawane za jedno z najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji. Ocena prawna tej formy porozumienia wynika z daleko idących negatywnych skutków dla konkurencji związanych z jej stosowaniem, zarówno w przypadku porozumień horyzontalnych, jak i wertykalnych. Porozumienia cenowe polegające na ustalaniu cen w relacjach horyzontalnych (między konkurentami) są uważane za najcięższe ograniczenia konkurencji ze względu na cel⁸³. Również w przypadku porozumień wertykalnych mogą one prowadzić do całkowitego braku konkurencji wewnątrzmarkowej między dystrybutorami, co ostatecznie doprowadzi do negatywnych skutków dla konsumentów, którzy nie będą mogli czerpać korzyści z konkurencji cenowej pomiędzy różnymi dostawcami tych samych produktów, a tym samym z niższych cen ostatecznych⁸⁴. Można tym samym uznać, że w artyku 101 TFUE celowo jako pierwszy z typów niedozwolonych praktyk wskazane zostało „ustalanie w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji”.

Ze względu na zakaz ustalania cen odsprzedaży bezpośrednio w TFUE Komisja nie dokonała jego powtórzenia w rozporządzeniu 67/67/EWG ani rozporządzeniach 1983/83 i 1984/83, gdyż zakaz ten wydawał się nie wymagać dodatkowego doprecyzowania i jako poważne naruszenie konkurencji uniemożliwiał czerpanie korzyści z ówczesnych wyłączeń grupowych. W 1984 roku sąd niemiecki skierował jednak do Trybunału pytania prejudycjalne, z których jedno dotyczyło możliwości stosowania w relacji wertykalnej cen rekomendowanych. W odpowiedzi na to zapytanie Trybunał w wyroku w sprawie *Pronuptia*⁸⁵ zastosował funkcjonalne podejście do ustalania cen odsprzedaży, wskazując, że stosowanie rekomendowanych cen odsprzedaży nie stanowi naruszenia konkurencji, jeśli pomiędzy stronami nie istnieje uzgodniona praktyka polegająca na każdorazowym stosowaniu tych cen, a dystrybutor ma swobodę w kształtowaniu ceny, jaką ostatecznie zastosuje. Powołane orzeczenie dotyczyło tylko porozumienia cenowego przewidującego stosowanie cen rekomendowanych. Nie dotyczyło natomiast innych klauzul cenowych stosowa-

83 R. Wish, *Competition Law*, Londyn 2009, s. 505.

84 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010*, op. cit.

85 Wyrok TSUE z dnia 3 lipca 1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH* przeciwko *Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

nych w umowach wertykalnych, takich jak ceny maksymalne oraz ceny minimalne i sztywne. To pierwsze z rodzajów porozumień uznawane było za dopuszczalne ze względu na bezpośrednie korzyści dla konsumenta wynikające z określenia pułapu, którego cena nie może przekroczyć⁸⁶. Natomiast uzgodnienie z dystrybutorem minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży nie niesie za sobą takich korzyści i uniemożliwia skorzystanie przez porozumienie wertykalne zawierające takie postanowienia z wyłączenia grupowego, stanowiąc czarną klauzulę. Komisja musiała jednak włożyć znaczny wysiłek w zapewnienie właściwego stosowania tego zakazu, gdyż do lat 90. ubiegłego wieku ustalanie cen odsprzedaży było dopuszczalne na gruncie prawodawstwa niektórych państw członkowskich. Jednak według raportu OECD dotyczącego narzucania cen odsprzedaży⁸⁷ w 1997 roku większość państw uznała niedopuszczalność stosowania sztywnych i minimalnych cen odsprzedaży. Pewne wyjątki dotyczyły jedynie określonych produktów, takich jak: książki, gazety oraz leki.

W kontekście zakazu przewidzianego w art. 101 TFUE oraz negatywnej oceny porozumień cenowych interesujące wydaje się orzecznictwo Trybunału, w którym dostrzega on uzasadnienie dla stosowania sztywnych cen odsprzedaży w ściśle określonych okolicznościach, a tym samym możliwość zgodnego z prawem stosowania tego typu porozumienia wertykalnego. W wyroku w sprawie *Binon* Trybunał uznał, że narzucenie cen odsprzedaży dzienników i czasopism może stanowić jedyny efektywny sposób ich dystrybucji, ze względu na specyfikę związaną z koniecznością przyjmowania przez wydawcę zwrotów niesprzedanych egzemplarzy i zwrotu ich kosztów. Trybunał podkreślił jednak, że narzucenie sztywnych cen odsprzedaży może zostać zalegalizowane jedynie za pomocą wyłączenia indywidualnego przyznawanego przez Komisję i przy uwzględnieniu wszystkich właściwych czynników. Podobnego rynku dotyczyło również zaakceptowane przez Komisję porozumienie w sprawie *Sammelrevers i Einzelrevers*⁸⁸, w odniesieniu do którego Komisja stwierdziła, iż nie narusza zakazu zawartego w art. 101 TFUE narzucanie sztywnych cen odsprzedaży wyłącznie wobec książek sprzedawanych na terytorium Niemiec i niestosowanie takiego wymogu wobec produktów, które zostały wyeksportowane, a następnie ponownie zaimportowane do Niemiec.

Po raz pierwszy określenie dopuszczalnych w ramach porozumień wertykalnych klauzul cenowych nastąpiło dopiero w rozporządzeniu 2790/1999, które stanowiło, że wyłączenie grupowe nie ma zastosowania do porozumień, które mają na celu „ograniczenie uprawnienia kupującego do ustalania jego cen sprzedaży, nie naruszając możliwości narzucania przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecanej ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie są one równe ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży wynikającą z nacisku lub bodźców stwarzanych przez strony”⁸⁹. Wytyczne 2790/1999 wskazywały, że stosowanie maksymalnych lub zalecanych (rekomendowanych) cen odsprzedaży, mimo iż dopuszczone przy założeniu spełnienia warunków zastosowania wyłączenia grupowego do danego porozumienia, niesie za sobą szereg możliwych zagrożeń dla konkurencji. Przede wszystkim

86 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010, op.cit.*

87 Raport OECD: *Narzucanie cen odsprzedaży*, OCDE/GD(97)229, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/1920261.pdf> [dostęp: 29.05.2021 r.].

88 Zawiadomienie Komisji z dnia 10 czerwca 2000 r. w sprawie przyznania wyłączenia indywidualnego w sprawie *Sammelrevers i Einzelrevers*, Dz.U.C 162 z 10.06.2000 r., ss. 25-26.

89 Art. 4 lit. a rozporządzenia 2790/1999.

cena maksymalna lub zalecana mogła w ocenie Komisji stanowić punkt odniesienia dla dystrybutorów i z tego względu mogła być przez nich stosowana w praktyce, co ostatecznie prowadziłoby do takich samych skutków jak ustalanie sztywnych cen odsprzedaży. Innym ryzykiem identyfikowanym przez Komisję była zмова cenowa między dostawcami⁹⁰. Za czynniki najważniejsze przy ocenie dopuszczalności stosowania maksymalnych i zalecanych cen odsprzedaży w przypadku braku możliwości skorzystania z wyłączenia grupowego Komisja wskazywała pozycję rynkową dostawcy (im silniejsza, tym większe zagrożenie dla konkurencji) oraz pozycję rynkową jego konkurentów.

Na gruncie rozporządzenia 2790/1999 Komisja ani Trybunał nie dokonały radykalnej zmiany wykładni obowiązujących przepisów, co związane było też z relatywnie niewieloma sprawami dotyczącymi ustalania cen odsprzedaży w okresie obowiązywania tego aktu. Można jednak uznać, że Komisja w decyzji w sprawie *Yamaha* zaostrzyła podejście do stosowania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, wskazując, iż samo zawarcie w porozumieniu wertykalnym takich postanowień stanowi naruszenie zakazu zawartego w art. 101 TFUE, a rzeczywisty wpływ na konkurencję tego rodzaju działań może wpływać jedynie na wysokość kary⁹¹. Natomiast za najbardziej istotne orzeczenie wydane w okresie obowiązywania rozporządzenia 2790/1999 należy uznać wyrok w sprawie *Pedro IV Servicios*⁹², w którym Trybunał podtrzymał dotychczasową linię orzeczniczą, wskazując, iż: „sposób obliczania zalecanej ceny detalicznej jest w tym kontekście bez znaczenia, o ile odsprzedawcy pozostawiono swobodę w zakresie ustalenia ceny. Swoboda ta nie istniałaby natomiast, gdyby dostawca narzucił odsprzedawcy sztywną marżę dystrybucyjną, którą ten ostatni byłby zmuszony stosować”⁹³. Podejście takie wydaje się oddawać cel regulacji zawartej w rozporządzeniu 2790/1999, która ma prowadzić właśnie do pozostawienia dystrybutorowi swobody w zakresie kształtowania ostatecznej ceny detalicznej, a nie jej pojedynczych składników. Natomiast narzucenie sztywnej marży dystrybucyjnej prowadziłoby do funkcjonalnego ustanowienia sztywnej ceny odsprzedaży, ze względu na fakt ustalania cen zakupu produktów od dostawcy przez niego samego.

1.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER

Rozporządzenie VBER wprowadzało wyłącznie niewielkie zmiany w zakresie regulacji ustalania cen odsprzedaży, stanowiąc, że niedozwolone jest „ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży, bez uszczerbku dla możliwości narzucenia przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecania ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie skutkują one sztywną lub minimalną ceną sprzedaży w wyniku presji lub zachęt którejkolwiek ze stron”⁹⁴. Takie sformułowanie przepisu rozwiewa wszelkie wątpliwości, potwierdzając, że stosowanie cen minimalnych lub sztywnych stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji ze względu na cel,

90 Pkt 225 wytycznych 2790/1999.

91 Decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r., w sprawie COMP/37.975 PO/Yamaha, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37975/37975_91_5.pdf, pkt 141 [dostęp: 29.05.2021 r.].

92 Wyrok TSUE z dnia 2 kwietnia 2009 r., w sprawie C-260/07 *Pedro IV Servicios SL* przeciwko *Total España SA*, ECLI:EU:C:2009:215.

93 Pkt 78 wyroku w sprawie *Pedro IV Servicios*.

94 Art. 4 lit. a rozporządzenia VBER.

natomiast stosowanie cen maksymalnych i rekomendowanych, co do zasady, jest dozwolone, chyba że prowadzi do skutku w postaci stosowania cen minimalnych lub sztywnych.

Znaczące rozwinięcie w zakresie ustalania cen odsprzedaży nastąpiło natomiast w przypadku wytycznych VBER, w których więcej uwagi poświęcone zostało temu zagadnieniu. Przede wszystkim, Komisja wskazuje aż siedem zagrożeń związanych z ustalaniem cen odsprzedaży⁹⁵, a mianowicie:

1. zwiększenie ryzyka zмовy pomiędzy dostawcami poprzez zwiększenie przejrzystości rynku, a co za tym idzie - ułatwienie wykrycia, czy dostawca narusza porozumienie, obniżając ceny;
2. zwiększenie ryzyka zмовy pomiędzy nabywcami poprzez eliminację konkurencji wewnątrzmarkowej; silni dystrybutorzy mogą wywierać naciski na dostawcę w celu ustalenia cen odsprzedaży powyżej konkurencyjnego poziomu;
3. ryzyko złagodzenia konkurencji między producentami lub detalistami, w szczególności w przypadku wykorzystywania tych samych dystrybutorów przez producentów i ustalania cen przez co najmniej większość z nich;
4. wzrost cen związany z brakiem możliwości jakiegokolwiek obniżenia ceny danego produktu przez dystrybutora;
5. zachęta dla producenta do nieobniżania cen dla kolejnych dystrybutorów poprzez zmniejszenie nacisku na obniżenie marży producenta;
6. zamknięcie dostępu do rynku mniejszym konkurentom dzięki zwiększonej marży oferowanej dystrybutorom prowadzącej do faworyzowania produktów danego producenta;
7. zmniejszenie dynamiki i innowacji na poziomie dystrybucji ze względu na brak konkurencji cenowej między dystrybutorami, w szczególności uniemożliwiającej działalność sklepów dyskontowych.

Drugą z istotnych zmian zawartych w wytycznych VBER jest wyszczególnienie w nich przykładów ustalania cen odsprzedaży w sposób pośredni⁹⁶. Komisja wskazuje pięć takich przykładów, z czego pierwszy obejmuje ustalanie marży dystrybucyjnej, w postaci zobowiązania dystrybutora do ustalania cen odsprzedaży poprzez powiększenie ceny zakupu danego produktu, dodając do niej określoną wartość (procentową lub kwotową). Taki model dystrybucji zakwestionowany został przez Komisję w decyzji w sprawie *Yamaha*, w której cena netto odsprzedaży produktu była określona jako cena zakupu pomnożona przez 1,0877. Drugim przykładem jest ustalanie maksymalnego poziomu rabatu, poprzez zobowiązanie dystrybutora do udzielania rabatów od cen rekomendowanych w wysokości nieprzekraczającej określonej wartości. Za taką praktykę ukarany został przez Komisję Mercedes⁹⁷, który zakazał dystrybutorom na terytorium Belgii udzielania rabatów przekraczających 3%. Kolejnym ze wskazanych przez Komisję przykładów pośredniego ustalania cen odsprzedaży jest przyznawanie korzyści finansowych w zamian za przestrzega-

95 Pkt 224 wytycznych VBER.

96 Pkt 48 wytycznych VBER.

97 Decyzja Komisji 2002/758/WE z dnia 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 Mercedes-Benz, Dz.U.WEL 257 z 2002 r., ss. 1-47.

nie przez nabywcę określonych poziomów cen, co może nastąpić zarówno w formie rabatów, jak i zwrotu kosztów promocji, przyznawanych pod warunkiem stosowania określonych cen. Komisja za takie działanie uważa również powiązanie cen odsprzedaży z cenami stosowanymi przez osoby trzecie, na przykład przez konkurentów. Należy zaznaczyć, że samowolne dostosowywanie przez dystrybutora cen odsprzedaży do tych oferowanych przez konkurentów nie stanowi niedozwolonego ustalania cen odsprzedaży. Ostatni z przykładów przytoczonych przez Komisję dotyczy sankcji nakładanych za nieprzestrzeganie narzuconych poziomów cen, z czego, zgodnie z podejściem Komisji, jako sankcje traktuje się: pogróżki, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszanie dostaw lub rozwiązanie umów. Sankcje mogą mieć również postać pobierania przez dostawcę wyższych cen lub odmowy dostępu do systemu dystrybucji selektywnej. Przykładowo, w decyzji w sprawie *Volkswagen*⁹⁸ Komisja odwołała się do wypowiedzenia umowy dystrybucyjnej jako możliwej sankcji.

W wytycznych VBER Komisja wskazuje jednak, że narzucanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży może nieść za sobą również pozytywne skutki. W związku z tym przytacza trzy przykłady zastosowania takiej praktyki, które z dużym prawdopodobieństwem, mimo niespełnienia kryteriów zastosowania wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzenia VBER, nie stanowią antykonkurencyjnego porozumienia i tym samym mogą być stosowane. Pierwszy z tych przykładów dotyczy dystrybucji w modelu franchisingu, w ramach którego organizacja krótkotrwałej promocji (trwającej zazwyczaj od 2 do 6 tygodni) może wymagać narzucenia franchisingobiorcom sztywnej ceny odsprzedaży w celu maksymalizacji efektu promocji, co stanowi efekt korzystny dla konsumentów. Drugim przykładem jest sytuacja, w której dostawca wprowadza na rynek zupełnie nowy produkt, w przypadku którego narzucenie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży może być konieczne do mobilizacji dystrybutorów do podjęcia działań promocyjnych, a tym samym może skutkować większą dostępnością danego produktu z korzyścią dla konsumentów. Ostatnią z przywołanych przez Komisję sytuacji uzasadniających zastosowanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży jest przypadek, w którym dodatkowa marża dla dystrybutorów, wynikająca z zastosowania takich cen, zachęca dystrybutorów do prowadzenia dodatkowych usług przedsprzedażowych, takich jak specjalne porady lub salony wystawowe. Sytuacja taka dotyczy w szczególności produktów skomplikowanych lub wymagających użycia w celu oceny satysfakcji z produktu. W przypadku braku narzucenia cen odsprzedaży konsumenci mogliby korzystać z tych usług u jednego z dystrybutorów je świadczących, a następnie dokonywać zakupu u dystrybutora oferującego niższą cenę, co prowadziłoby do stopniowego wygaszenia tego rodzaju usług ze względu na ich nieoptycalność.

Nieliczne decyzje Komisji oraz orzeczenia TSUE wydane na gruncie rozporządzenia VBER, których przedmiotem jest ustalanie cen odsprzedaży, uzasadniają konieczność odwołania się w analizowanym zakresie do praktyki krajowych organów ochrony konkurencji państw członkowskich. Odwołanie takie jest uzasadnione, bowiem wraz z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003 krajowe organy ochrony konkurencji są uprawnione do stosowania art. 101 TFUE w sprawach, w których stosują krajowe przepisy będące odpowiednikiem powołanej regulacji. W tym zakresie

98 Decyzja Komisji 2001/711/EC z dnia 29 czerwca 2001 roku w sprawie COMP/F-2/36.693 - Volkswagen, Dz.U.L 262 z 2.10.2001 r., ss. 14-37.

organy państw członkowskich zobowiązane są także do stosowania rozporządzenia VBER. Przykładowo, w 2016 roku brytyjski organ ochrony konkurencji uznał za niedozwolone ustalanie cen odsprzedaży narzucenie dystrybutorom minimalnej ceny podawanej przez nich w reklamach⁹⁹. Zdaniem brytyjskiego organu, nawet jeśli dystrybutor faktycznie mógł stosować ceny niższe, to zakaz ich ogłaszania należy zakwalifikować jako narzucenie minimalnej ceny odsprzedaży. Estoński organ ochrony konkurencji ukarał natomiast przedsiębiorstwo, które ogłaszało rekomendowane ceny odsprzedaży w comiesięcznych gazetkach promocyjnych, ponieważ ceny te stanowiły *de facto* instrukcję dla dystrybutorów, w jakich cenach mają sprzedawać określone produkty¹⁰⁰. Należy zaznaczyć, że dobrowolne stosowanie się dystrybutora do cen rekomendowanych nie stanowi naruszenia zakazu ustalania cen i jest w pełni dopuszczalne¹⁰¹. Warto również podkreślić, iż wszelkie ograniczenia dotyczące możliwości ustalania cen odsprzedaży dotyczą wyłącznie odsprzedaży przez dystrybutora i nie dotyczą cen stosowanych pomiędzy dostawcą a dystrybutorem¹⁰².

99 Decyzja UK Competition and Markets Authority z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie CE/9856-14, ITW, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/575a8f5eed915d3d24000003/commercial-catering-equipment-non-confidential-decision.pdf> [dostęp: 30.05.2021 r.].

100 Decyzja Konkurentsiamet z dnia 20 marca 2009 r. w sprawie 5.1-5/09-0009, Ottender & Valgmäe, https://www.konkurentsiamet.ee/sites/default/files/juhtumid/2009/o2009_009e.pdf [dostęp: 30.05.2021 r.].

101 Wyrok TSUE z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-167/04 JCB Service przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:2006:594.

102 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op. cit.*, s. 273.

1.3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję

Ustalanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży w relacjach wertykalnych traktowane jest niezwykle rygorystycznie od początku istnienia unijnego prawa konkurencji. Sposób uregulowania w unijnym prawodawstwie tej kwestii podlega jednak krytyce już od wielu lat jako zbyt restrykcyjny i nieuzasadniony. Krytyka ta uległa jednak znacznej intensyfikacji po wydaniu przez Sąd Najwyższy USA wyroku w sprawie *Leegin*¹⁰³, który, uchylając obowiązujący w USA od ponad 100 lat precedens, nakazał dokonywanie oceny ustalania cen odsprzedaży w relacjach wertykalnych przez pryzmat antykonkurencyjnego skutku, do którego ono prowadzi. Wyrok ten w praktyce zdecydowanie zliberalizował dotychczasowe podejście do ustalania cen odsprzedaży na terenie USA, uwzględniając pozytywne skutki ich stosowania w niektórych przypadkach.

Podstawą sporu będącego przedmiotem omawianego wyroku była decyzja spółki *Leegin* o wykluczeniu z sieci dystrybucyjnej przedsiębiorstwa, które odmówiło zastosowania się do narzuconych mu minimalnych cen odsprzedaży. Zgodnie z obowiązującym wówczas precedensem działanie takie było niedozwolone i stanowiło naruszenie prawa konkurencji, niezależnie od rzeczywistych antykonkurencyjnych skutków, a nawet istnienia skutków prokonkurencyjnych. Sąd Najwyższy dokonał jednak ponownej analizy konieczności stosowania bezwzględnego zakazu ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, w ramach której podniósł, iż najnowsza literatura ekonomiczna wskazuje na istnienie prokonkurencyjnych skutków ustalania cen odsprzedaży w postaci stymulacji konkurencji międzymarkowej, rozwój usług okotosprzedażowych oraz działań promocyjnych związanych z brakiem cenowej konkurencji wewnątrzmarkowej. W ocenie Sądu Najwyższego USA ustalanie cen odsprzedaży ułatwia również konsumentom dokonanie wyboru pomiędzy markami cechującymi się niską ceną i niskim poziomem usług okotosprzedażowych a markami premium, gwarantującymi wysoki poziom takich usług, ale również stosujących wyższe ceny. Sąd zwrócił jednak uwagę także na negatywne skutki ustalania cen odsprzedaży w postaci ułatwienia powstania kartelu producentów lub detalistów, a także potencjalnego nadużywania stosowania możliwości narzucania cen odsprzedaży zarówno przez silnych producentów, jak i detalistów. Sąd Najwyższy USA uznał finalnie, że ustalanie cen odsprzedaży nie może zostać uznane za prowadzące w każdym lub prawie każdym przypadku do ograniczenia konkurencji, a prokonkurencyjne oraz antykonkurencyjne skutki takiego działania powinny być każdorazowo analizowane indywidualnie. Skutkiem takiego podejścia było uznanie praktyk stosowanych przez *Leegin* za zgodne z prawem, a generalnie dopuszczenie stosowania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży, jeżeli nie prowadzi ono do ograniczenia konkurencji bez równoległego istnienia prokonkurencyjnych skutków.

Należy zgodzić się z Sądem Najwyższym USA, iż ustalanie cen odsprzedaży prowadzi do zwiększenia wewnątrzmarkowej konkurencji pozacenowej (przykładowo poprzez rozwój usług przed- oraz posprzedażowych), ułatwia wprowadzenie na rynek nowych produktów poprzez gwarancję marży dla dystrybutora, a także umożliwia

103 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/> [dostęp: 31.05.2021 r.].

ochronę wizerunku w przypadku ekskluzywnych produktów¹⁰⁴. Jednocześnie jednak ustalanie cen odsprzedaży z oczywistych względów niesie za sobą również negatywne skutki, przede wszystkim związane z ograniczeniem lub eliminacją konkurencji wewnątrzmarkowej. Analizy ekonomiczne wskazują jednak, że konkurencja międzymarkowa jest ważniejsza z punktu widzenia prawa konkurencji, aniżeli konkurencja wewnątrzmarkowa¹⁰⁵. Utrzymywanie bezwzględnego zakazu stosowania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży w Unii Europejskiej stanowi zatem swego rodzaju sztuczne utrzymywanie wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej, gdy - zdaniem autora - ważniejsza jest intensyfikacja wewnątrzmarkowej konkurencji pozacenowej, niosącej daleko idące korzyści dla konsumentów, na przykład poprzez zapewnienie wysokiego poziomu usług okołosprzedawczych. Utrzymywanie przedmiotowego zakazu wydaje się nieefektywne w szczególności w systemach sieciowych, takich jak franchising czy selektywna dystrybucja. W tego rodzaju systemach dystrybucji ceny powinny być jednolite, co pozwalałoby zachować tożsamość i jednorodność sieci.

Ze względu na podobne głosy pojawiające się już w trakcie prac nad rozporządzeniem VBE Komisja dokonała swego rodzaju testu, dopuszczając stosowanie sztywnych cen odsprzedaży w ramach krótkookresowych promocji. Jednak ciężar wykazania, że takie działanie niesie pozytywne korzyści dla konkurencji, przerzucony został jednocześnie na samych przedsiębiorców, co zdecydowanie utrudnia zastosowanie tego wyjątku w praktyce, w szczególności przy uwzględnieniu, że to organ antymonopolowy ostatecznie będzie dokonywać oceny, czy pozytywne skutki stosowania jednolitych (sztywnych) cen odsprzedaży zostały wykazane. Należałoby zatem postulować, aby zamiast tego rodzaju eksperymentów Komisja przy ocenie stosowania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży stosowała tzw. teorię szkody¹⁰⁶, polegającą na konieczności wykazania przez organ antymonopolowy, z jakiego powodu oraz w jaki sposób stosowana praktyka negatywnie może wpłynąć na sytuację konsumentów. Takie podejście doprowadziłoby do zwiększenia elastyczności ustalania cen odsprzedaży, a jednocześnie zapewniłoby, że organy antymonopolowe miałyby możliwość interwencji w przypadkach, w których takie działania prowadziłyby do znaczącego ograniczenia konkurencji ze szkodą dla konsumentów.

Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Komisję w raporcie dotyczącym rozporządzenia VBER¹⁰⁷ („raport VBER”) podobne postulaty przedstawione zostały również przez uczestników rynku w trakcie prac nad nowelizacją rozporządzenia VBER. Postulowali oni bowiem o rozszerzenie dozwolonego stosowania sztywnych cen odsprzedaży w ramach promocji na czas dłuższy niż 2-6 tygodnie, a także zdjęcie z przedsiębiorców ciężaru dowodowego w zakresie pozytywnych skutków takiego działania. W tym kontekście pojawiają się również postulaty stworzenia przez Komisję jasnej listy warunków, których spełnienie pozwala na zastosowanie sztyw-

104 A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, rok LXXIII, zeszyt 4, 2011, ss. 72 i nast.*

105 R.D. Blair, W. Wang, *Resale Price Maintenance: An Economic Analysis of its Anticompetitive Potential*, Review of Industrial Organization, vol. 50, issue 2, 2017, ss. 153 i nast.

106 M. Walker, *Case Comment. The Importance of a Theory of Harm*, European Competition Law Review, vol. 31, issue 10, 2010, ss. 410-412.

107 Commission Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, 8.09.2020, SWD(2020) 172 final, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/staff_working_document.pdf [dostęp: 31.05.2021 r.].

nych cen odsprzedaży, chociażby w ramach krótkoterminowej promocji. Wskazuje się również na zasadność zezwolenia na ustalanie cen odsprzedaży w ramach dystrybucji franchisingowej¹⁰⁸.

Nie należy spodziewać się, że Komisja w całości przyjmie przytoczone powyżej argumenty podniesione w wyroku w sprawie *Leegin*. Takie działanie doprowadziłoby do generalnego dopuszczenia ustalania cen odsprzedaży tak długo, jak nie zostanie wykazany ich antykonkurencyjny skutek w ściśle określonym przypadku. Byłaby to zatem bardzo radykalna zmiana względem restrykcyjnego podejścia obowiązującego obecnie, na którą Komisja nie wydaje się jeszcze gotowa. Wydaje się jednak prawdopodobne, że Komisja uwzględni część z postulatów podnoszonych w ramach konsultacji publicznych i wprowadzi zdecydowanie więcej wyjątków od bezwzględnego zakazu ustalania cen odsprzedaży w relacjach wertykalnych, które, w jej ocenie, z dużym prawdopodobieństwem nie powodują antykonkurencyjnych skutków. Rozwiązanie takie nie jest idealne, gdyż prowadzi do zwiększenia kazuistyki regulacji prawnych, jednak pozytywnie należy ocenić jakiegokolwiek działania zmierzające do liberalizacji obecnie obowiązujących reguł. Rozwiązaniem tego problemu wydaje się zastosowanie przywołanej teorii szkody, jednak jej wprowadzenie do nowego rozporządzenia nałożyłoby na Komisję oraz krajowe organy ochrony konkurencji daleko idące obowiązki w zakresie przeprowadzania analiz rynkowych i ekonomicznych, co mogłoby wywołać ich zdecydowany sprzeciw. Tak daleko idące zmiany należy zatem w dalszym ciągu postulować i liczyć na to, że za kolejnych 10 lat będą możliwe do implementacji.

2. Zakaz konkurowania

2.1 Pojęcie zakazu konkurowania i geneza regulacji

Zakaz konkurencji pomiędzy dystrybutorem a dostawcą stanowi nieodłączną część wielu porozumień wertykalnych. Jego definicja zawiera w sobie dwie odmienne praktyki, z których pierwsza odnosi się do faktycznego zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej, polegającej na uniemożliwieniu dystrybutorowi podejmowania działalności konkurencyjnej względem towarów lub usług dostawcy (tzw. zobowiązanie do jednomarkowości), druga natomiast dotyczy wyłączności zakupów, polegającej na zakazie dokonywania przez dystrybutora zakupu produktów objętych porozumieniem z innych źródeł niż dostawca¹⁰⁹. Niniejszy podrozdział będzie dotyczyć wyłącznie pierwszego z tych porozumień, tj. zakazu konkurowania polegającego na ograniczeniu swobody nabywcy w podejmowaniu określonej działalności konkurencyjnej wobec towarów lub usług dostawcy. Drugie ze wskazanych powyżej porozumień omówione zostało w niniejszej pracy w części dotyczącej dystrybucji wyłącznej, ze względu na ścisłe praktyczne powiązanie tych dwóch aspektów porozumień wertykalnych.

¹⁰⁸ Raport VBER, *op.cit.*, ss. 168-176.

¹⁰⁹ T. Krzyżewski, *Zakaz konkurowania w polskim i unijnym prawie antymonopolowym*, Warszawa 2020, <https://depotuw.ceon.pl/bitstream/handle/item/3815/2200-DR-PR-189406.pdf?sequence=1> [dostęp: 30.05.2021 r.].

Nakładanie na drugą stronę zakazu konkurencji nie zostało wprost zakazane w treści art. 101 TFUE, tak jak ma to miejsce w przypadku ustalania cen odsprzedaży. Wydaje się jednocześnie, że tego rodzaju porozumienie można zakwalifikować jako podział rynków lub źródeł zaopatrzenia, wskazany w art. 101 ust. 1 lit. c TFUE, a tym samym zakazany na gruncie ww. przepisu. Zobowiązanie jednej ze stron porozumienia do nieprowadzenia określonej działalności ze swej istoty niesie za sobą antykonkurencyjne skutki związane z zamknięciem dostępu do rynku dla konkurencyjnych dostawców, których produktów dystrybutor nie będzie mógł oferować, ale także dla samych dystrybutorów, którzy nie będą mogli produkować towarów konkurencyjnych. Zastosowanie takiego ograniczenia może również spowodować osłabienie konkurencji międzymarkowej poprzez uniemożliwienie dystrybutorowi oferowania produktów konkurencyjnych dostawców. Warto zaznaczyć, że w literaturze przyjmuje się, że ograniczenia konkurencji osłabiające konkurencję międzymarkową są z reguły bardziej szkodliwe dla zjawiska konkurencji rynkowej, jako zawężające możliwość wyboru konsumentom, w przeciwieństwie do porozumień ograniczających jedynie konkurencję wewnątrzmarkową¹¹⁰. Negatywne skutki dla konkurencji wynikające z zastosowania analizowanego porozumienia mogą zostać jednak zrównoważone przez skutki pozytywne, takie jak zabezpieczenie interesów dostawcy, który w przypadku konieczności poczynienia inwestycji w dystrybutora (na przykład poprzez zapewnienie specjalnego sprzętu albo szkoleń dla pracowników) może być zainteresowany zobowiązaniem swojego partnera handlowego do nieoferowania produktów konkurencyjnych. W przypadku braku możliwości nałożenia takiego ograniczenia na dystrybutora dostawca mógłby nie być zainteresowany inwestycjami, z których korzyści mogłoby czerpać jego konkurenci, których produkty lub usługi oferowałby dystrybutor. Pozytywnym skutkiem stosowania zakazu konkurencji może być również zachęta dla dostawcy do nasilenia działań reklamowych i zwiększenia jakości usług posprzedażowych u danego dystrybutora. Również w tym przypadku interes dostawcy będzie chroniony, jeśli korzyści z podejmowanych przez niego działań nie będą polepszać sytuacji rynkowej konkurentów¹¹¹.

Komisja już podczas prac nad rozporządzeniem 67/67/EWG uznała, iż korzyści płynące ze stosowania zakazu konkurencji przewyższają możliwe ryzyka. Rozporządzenie to ściśle określało, jakie praktyki mogą być stosowane w ramach systemów wyłącznej dystrybucji w celu uznania ich za dopuszczalne i jedną z nich było właśnie „zobowiązanie do nieprodukowania oraz niedystrybuowania w trakcie trwania porozumienia lub w okresie jednego roku od dnia jego wygaśnięcia produktów konkurujących z produktami objętymi porozumieniem”¹¹². Tym samym już pierwsze w historii wyłączenie grupowe zezwalało na stosowanie klauzul zakazu konkurencji w ramach porozumień o wyłącznej dystrybucji. Ważna zmiana w zakresie dopuszczalności zakazu konkurencji nastąpiła natomiast w rozporządzeniach 1983/83 i 1984/83. Pierwsze z nich zezwalało na nałożenie na wyłącznego dystrybutora „zobowiązania do nieprodukowania lub niedystrybuowania produktów konkurujących z produktami objętymi porozumieniem”¹¹³. Drugie z rozporządzeń dopuszczało natomiast zastosowanie analogicznego zobowiązania wobec dystrybutora, który zo-

110 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010*, op.cit.

111 T. Krzyżewski, op.cit.

112 Art. 2 ust. 1 lit. a rozporządzenia 67/67/EWG.

113 Art. 2 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1983/83.

bowiązał się wobec dostawcy do wyłączności zakupów¹¹⁴. W obu przypadkach jednak zobowiązania te mogły obowiązywać wyłącznie w czasie trwania odpowiednio wyłączności dystrybucji oraz wyłączności zakupów. Oznacza to, że niedozwolone na gruncie rozporządzeń 1983/83 i 1984/83 było nałożenie zakazu konkurencji obowiązującego po wygaśnięciu porozumienia między stronami, co było dopuszczalne na gruncie rozporządzenia 67/67/EWG.

W okresie obowiązywania wskazanych powyżej rozporządzeń wydane zostało orzeczenie w sprawie *Remia*¹¹⁵, identyfikujące czynniki, które powinny zostać wzięte pod uwagę przy ocenie przez Komisję wniosku o wyłączenie indywidualne umowy zawierającej klauzulę zakazu konkurencji. Przedmiotem tej sprawy było zawarcie w umowie o przeniesienie przedsiębiorstwa klauzuli zakazu prowadzenia przez zbywającego przedsiębiorstwo jakiegokolwiek działalności konkurencyjnej wobec działalności tego przedsiębiorstwa, który obowiązywał przez 10 lat. Trybunał dostrzegł korzyści płynące z zastosowania zakazu konkurencji w tego rodzaju umowie, związane z zapobiegnięciem sytuacji, w której zbywający przedsiębiorstwo po dokonaniu transakcji, dysponując szczegółową wiedzą na temat jego działalności, będzie mógł odzyskać klientów i wyeliminować zbyte przedsiębiorstwo z rynku. Dopuszczalność zastosowania zakazu konkurencji została jednak uwarunkowana jego korzystnym wpływem na konkurencję, co ma miejsce, gdy zakres oraz czas trwania zakazu są ściśle ograniczone i uzasadnione obiektywnymi okolicznościami. Okres 10 lat został uznany za zbyt długi, aby spełniał te kryteria.

Zakaz konkurencji po raz pierwszy kompleksowo, jako odrębna forma porozumienia, uregulowany został w rozporządzeniu 2790/1999. Akt ten zawierał także definicję porozumienia polegającego na zobowiązaniu do niekonkurowania. Do omawianego zakazu konkurencji odnosiła się pierwsza część tej definicji, wskazująca, iż jest to „jakiegokolwiek bezpośrednio lub pośrednio zobowiązanie nakazujące kupującemu nie produkować, nie nabywać, nie sprzedawać bądź nie odsprzedawać towarów lub usług, które konkurują z towarami albo usługami kontraktowymi (...)”¹¹⁶. Dopuszczalność stosowania zakazu konkurencji była warunkowana spełnieniem ogólnych przesłanek zastosowania rozporządzenia 2790/1999, takich jak udział rynkowy, ale była również ograniczona szeregiem dodatkowych wymogów. Po pierwsze, czas trwania zobowiązania do niekonkurowania musiał być ograniczony, tj. nie mógł zostać nałożony na czas nieokreślony. Po drugie, okres trwania ww. zobowiązania nie mógł przekraczać 5 lat, z zastrzeżeniem iż zobowiązanie automatycznie odnawialne po upływie tego okresu było uznawane za zawarte na czas nieokreślony, a tym samym nie korzystało z automatycznego wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Ograniczenie czasu trwania zakazu do 5 lat nie miało jednak zastosowania w przypadku, gdy dystrybutor sprzedawał towary lub usługi dostawcy w pomieszczeniach i na terenie, których właścicielem lub dzierżawcą był dostawca. W takim przypadku zobowiązanie do niekonkurowania mogło obowiązywać przez cały okres zajmowania pomieszczeń i terenu przez dystrybutora¹¹⁷. Trybunał podkreślił istotę konieczności pozostawiania przez dostawcę właścicielem bądź dzierżawcą zarówno pomieszczenia, jak i loka-

114 Art. 2 ust. 2 rozporządzenia 1984/83.

115 Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 *Remia BV* i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1985:327.

116 Art. 1 lit. b rozporządzenia 2790/1999.

117 Art. 5 lit. a rozporządzenia 2790/1999.

lu, w którym świadczona jest dystrybucja, w wyroku w sprawie *Pedro IV Servicios*, w którym stwierdził, iż „art. 5 lit. a) rozporządzenia nr 2790/1999 należy interpretować w ten sposób, że w celu stosowania przewidzianego w nim odstępstwa przepis ten zawiera wymóg, aby dostawca był właścicielem zarówno stacji paliw, którą wydzierżawia odsprzedawcy, jak i terenu, na którym stację wybudowano, lub - w przypadku gdy nie jest on jej właścicielem - aby dzierżawił ją od stron trzecich niezwiązanych z odsprzedawcą”¹¹⁸.

Rozporządzenie 2790/1999 przewidywało również możliwość nałożenia zakazu konkurencji obowiązującego po wygaśnięciu porozumienia między stronami, jednak wyłącznie w przypadku łącznego spełnienia przez to zobowiązanie trzech następujących przesłanek: (i) odnosiło się ono do towarów lub usług, które konkurują z towarami albo usługami będącymi przedmiotem umowy, (ii) było ograniczone do pomieszczeń i terenu, na którym dystrybutor działał w czasie trwania porozumienia oraz (iii) było niezbędne do ochrony *know-how* przekazanego przez dostawcę kupującemu. W przypadku spełnienia przez zobowiązanie powyższych przesłanek mogło zostać ono legalnie nałożone, jednak wyłącznie na okres nieprzekraczający 1 roku po wygaśnięciu porozumienia¹¹⁹.

Nałożenie zakazu konkurencji niespełniającego powyższych wymagań stanowiło tzw. klauzulę szarą, a zatem nie powodowało utraty możliwości skorzystania z wyłączenia grupowego przez całe porozumienie, a wyłącznie przez to zobowiązanie.

2.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER

Zasady stosowania zakazu konkurencji określone w rozporządzeniu VBER stanowią w dużej części powtórzenie przepisów rozporządzenia 2790/1999. Istotna zmiana nastąpiła natomiast w zakresie nomenklatury, gdyż w rozporządzeniu VBER odnosi się do zakazu konkurencji, a nie, jak wcześniejsze rozporządzenie, do zobowiązania do niekonkurencji. Zmianie uległa też sama definicja omawianej praktyki, wskazująca, iż zakaz konkurencji „oznacza jakiegokolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie zakazujące nabywcy wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem (...)”¹²⁰. Zmiana ta nie miała jednak wpływu na praktykę stosowania zakazu konkurencji, a jedynie stanowiła doprecyzowanie regulacji zawartej w poprzednim rozporządzeniu. Warto jednak zwrócić uwagę na użycie przez Komisję w przywołanej definicji alternatywy „lub”, która powoduje, że zobowiązanie nabywcy do niewytwarzania towarów konkurencyjnych, ale brak ograniczenia w zakresie dystrybucji przez niego takich towarów, stwarza możliwość, że w dalszym ciągu będzie mógł on czerpać korzyści z wyłączenia grupowego¹²¹. Oznacza to, iż zakazem konkurencji w rozumieniu rozporządzenia VBER będzie ograniczenie co najmniej jednego z wymienionych w definicji działań.

Na gruncie rozporządzenia VBER zakaz konkurencji w dalszym ciągu może być nałożony na okres wynoszący maksymalnie 5 lat, przy zastrzeżeniu iż automatyczne

118 Pkt 69 wyroku w sprawie *Pedro IV Servicios*.

119 Art. 5 lit. b rozporządzenia 2790/1999.

120 Art. 1 lit. d rozporządzenia VBER.

121 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op cit.*, s. 319.

odnawianie zakazu po upływie tego okresu powoduje uznanie zakazu za zawarty na czas nieokreślony, na który również nie może zostać nałożone ww. zobowiązanie¹²². Podobnie jak w rozporządzeniu 2790/1999, ustanowiony został wyjątek od tego ograniczenia, przewidujący, że zakaz konkurencji może obowiązywać przez cały okres dystrybucji towarów lub usług w lokalach i na terenie, których właścicielem jest dostawca, lub które dostawca wynajmuje bądź dzierżawi od osób trzecich niezwiązanych z nabywcą¹²³. Ustanowienie zakazu konkurowania obowiązującego po zakończeniu obowiązywania porozumienia jest natomiast dopuszczalne wyłącznie, jeśli zakaz dotyczy towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem, jest ograniczony do lokalu i terenu, na którym dystrybutor prowadził działalność w trakcie trwania porozumienia, ustanowienie zakazu jest niezbędne do ochrony *know-how* przekazanego przez dostawcę, a czas obowiązywania zakazu po zakończeniu obowiązywania porozumienia nie przekracza 1 roku¹²⁴.

Jak wynika z przytoczonych przepisów, zakaz konkurowania może dotyczyć tylko towarów lub usług konkurujących z tymi objętymi porozumieniem. Ani rozporządzenie VBER, ani wytyczne VBER nie zawierają jednak wskazówek interpretacyjnych pozwalających określić, jakie towary lub usługi należy uznać za konkurujące, a jakie nie. W doktrynie wskazuje się w tym zakresie na konieczność uznania za towary lub usługi konkurujące te z nich, które są substytucyjne z punktu widzenia nabywców, czyli od strony popytowej¹²⁵. Zakaz konkurowania, w myśl rozporządzenia VBER, musi być również bezwzględny, to znaczy obejmować wszystkie konkurujące towary lub usługi, a nie wyłącznie wybrane z nich, gdyż tego rodzaju konstrukcja może pozbawić go możliwości czerpania korzyści z wyłączenia grupowego¹²⁶.

Uznanie danej praktyki za zakaz konkurowania nie jest warunkowane zawarciem takiego zobowiązania bezpośrednio w porozumieniu między stronami. Wynika to z faktu, że za zakaz konkurowania uznaje się jakiegokolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie. W związku z tym przyznanie dostawcy prawa do obniżenia rabatów, wypowiedzenia umowy lub stosowania wyższych cen w przypadku wytwarzania lub obrotu przez dystrybutora towarami konkurencyjnymi z dużym prawdopodobieństwem zostanie uznane za nałożenie pośredniego zakazu konkurowania¹²⁷. Podobny skutek może odnieść nałożenie na dostawcę wymogu prowadzenia dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem za pomocą odrębnego podmiotu prawnego lub nawet w odrębnym lokalu, jeśli mogłoby to być dla niego nierentowne, a także zagrożenie dystrybutorowi cofnięciem przyznanej wyłączności sprzedaży w przypadku produkcji lub dystrybucji towarów lub usług konkurencyjnych.

2.3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję

Brak dostosowania do realiów rynkowych poprzez ustanowienie zbyt krótkiego maksymalnego okresu obowiązywania takich klauzul, a także zbyt wąski dopuszczalny

122 Art. 5 ust. 1 rozporządzenia VBER.

123 Art. 5 ust. 2 rozporządzenia VBER.

124 Art. 5 ust. 3 rozporządzenia VBER.

125 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, ss. 319-321.

126 *Ibidem*.

127 *Ibidem*.

zakres ich stosowania to podstawowe argumenty krytyczne w odniesieniu do obowiązujących obecnie przepisów dotyczących klauzul zakazu konkurencji. Za trafny należy uznać również pogląd wyrażony przez wielu respondentów uczestniczących w konsultacjach publicznych dotyczących nowelizacji VBER¹²⁸, że maksymalny czas obowiązywania klauzuli zakazu konkurencji obejmujący 5 lat nie ma żadnego uzasadnienia biznesowego, a jedynie powoduje konieczność przeprowadzania dodatkowych negocjacji po jego upływie i ponoszenia kosztów związanych z przygotowaniem dokumentów koniecznych do przedłużenia go o kolejny 5-letni okres, w szczególności przy uwzględnieniu braku dopuszczalności automatycznego dokonywania takiego przedłużenia. W ramach konsultacji podnoszone jest również, że wyjątek przewidziany w Rozporządzeniu VBER, zezwalający na stosowanie dłuższej klauzuli zakazu konkurencji w przypadku sprzedaży towarów przez dystrybutora w lokalach i na terenie należących do dostawcy, jest zbyt restrykcyjny i *de facto* powinien zostać rozszerzony na wszystkie porozumienia wertykalne wchodzące w zakres zastosowania rozporządzenia VBER.

Za dopuszczeniem stosowania zakazów konkurencji obowiązujących dłużej aniżeli 5 lat przemawia przede wszystkim fakt częstego zawierania przez przedsiębiorstwa długoterminowych relacji handlowych połączonych z dodatkowymi inwestycjami w system dystrybucji. Od czasu wyroku w sprawie *Remia*, a nawet od momentu przyjęcia rozporządzenia 2790/1999, nastąpiły znaczące zmiany rynkowe w zakresie systemów dystrybucji, w szczególności w zakresie stopnia ich skomplikowania oraz wielkości inwestycji w model dystrybucji dokonywanych zarówno przez dostawcę, jak i dystrybutora. W przypadku prostych relacji wertykalnych maksymalnie 5-letni okres zakazu konkurencji był najprawdopodobniej uzasadniony, jednak dla istniejących obecnie skomplikowanych i długoterminowych relacji handlowych jest to okres zdecydowanie zbyt krótki. Jego wydłużenie może z jednej strony zachęcić dostawcę do przeznaczenia większych nakładów na promocję czy dodatkowe usługi okotosprzedażowe ze względu na gwarancję większej stabilności relacji handlowej, a z drugiej - spowodować obniżenie cen dla konsumentów ze względu na większe rozłożenie tego rodzaju inwestycji w czasie.

Ponadto przez uczestników rynku wskazywane jest, iż możliwość stosowania klauzuli zakazu konkurencji obowiązującej po zakończeniu relacji między stronami jest zbyt ograniczona, w szczególności poprzez maksymalny czas jej trwania wynoszący 1 rok. W tym kontekście wskazywane jest również, że ze względu na rozwój dystrybucji w kanale online warunek zastosowania klauzuli zakazu konkurencji obowiązującej po zakończeniu relacji między stronami w postaci ograniczenia zobowiązania do lokalu i terenu, na którym dystrybutor prowadził działalność w trakcie trwania porozumienia, jest zbyt restrykcyjny. Postulaty te wydają się uzasadnione przywołanym już powyżej rozwojem skomplikowanych systemów dystrybucyjnych, w ramach których dostawca przekazuje dystrybutorowi *know-how*, między innymi w postaci najbardziej optymalnych modeli sprzedażowych. Uzasadnione jest zatem oczekiwanie dostawców, iż po zakończeniu relacji handlowej z danym dystrybutorem wiedza ta nie zostanie natychmiast wykorzystana do działalności konkurencyjnej.

Mając na uwadze powyższe postulaty oraz argumenty podnoszone przez uczestników rynku, należałoby oczekiwać, że Komisja dopuści możliwość stosowania klauzu-

128 Raport VBER, *op.cit.*, ss. 185-188.

li zakazu konkurencji przez cały okres trwania umowy między stronami i zrezygnuje z zakazu jej automatycznego przedłużania. Alternatywnie, w scenariuszu bardziej konserwatywnym, Komisja może zdecydować się na dopuszczenie dłuższego okresu trwania klauzuli zakazu konkurencji, wynoszącego na przykład 10 lat, lub rezygnację z ograniczenia automatycznego przedłużania zakazu konkurencji na rzecz zagwarantowania możliwości wypowiedzenia zakazu konkurencji przez dystrybutora przy zachowaniu właściwego okresu wypowiedzenia i zasad rozliczeń nakładów między stronami. Ponadto wydaje się, iż Komisja może zliberalizować podejście do klauzuli zakazu konkurencji po zakończeniu relacji między stronami poprzez rezygnację z ograniczenia dotyczącego lokalu i terenu, na którym prowadzona była dystrybucja, a także możliwe, że również poprzez wydłużenie maksymalnego okresu trwania takiego zakazu. Nie należy się jednak spodziewać, aby wydłużenie takie było radykalne, a raczej ograniczy się do około 2-letniego okresu. Dopuszczenie stosowania dłuższego zakazu konkurencji po zakończeniu relacji między stronami mogłoby doprowadzić do silnych skutków antykonkurencyjnych, poprzez ograniczenie liczby podmiotów mogących aktywnie działać na danym rynku.

3. Inne klauzule w porozumieniach wertykalnych

3.1. Klauzule lokalizacyjne

Klauzule lokalizacyjne w porozumieniach wertykalnych polegają na ograniczeniu swobody dystrybutora w zakresie miejsca, z którego może on prowadzić działalność. Mogą być one wyrażone zarówno pozytywnie, poprzez określenie miejsca, z którego dystrybutor może prowadzić działalność, jak i negatywnie, poprzez wskazanie miejsc, z których takiej działalności prowadzić nie może¹²⁹. Poza wcześniejszymi regulacjami dotyczącymi dystrybucji wyłącznej w rozporządzeniu 1983/83, dopuszczającymi ograniczenie terytorium, na którym mógł działać dystrybutor, pierwszy raz klauzule lokalizacyjne uregulowane zostały w rozporządzeniu 2790/1999. Rozporządzenie to stanowiło, iż niedozwolone jest „ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez członków systemu selektywnej dystrybucji działających na detalicznym szczeblu handlu, nie naruszając możliwości zakazania członkom systemu działania poza miejscem, które nie zostało dozwolone, dla wykonywania działalności”¹³⁰. Powołany akt wprost wskazywał zatem na dopuszczalność zakazania członkom systemu dystrybucji selektywnej prowadzenia działalności poza wyznaczonym miejscem. Co ważne, regulacja ta nie odnosiła się do jakiegokolwiek innego systemu dystrybucji, a co za tym idzie - zawarcie klauzul lokalizacyjnych w tego rodzaju porozumieniach wchodziło w zakres niedozwolonego ograniczenia terytorium lub klientów, na które bądź którym kupujący może sprzedawać towary lub usługi kontraktowe.

Rozporządzenie VBER wyraża zdecydowanie bardziej liberalne podejście do klauzul lokalizacyjnych. Jako zakazaną praktykę wskazuje ono „ograniczenie terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca - bez uszczerbku dla ogranicze-

129 K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa, 2008, s. 251.

130 Art. 4 lit. c rozporządzenia 2790/1999.

nia dotyczącego jego miejsca prowadzenia działalności - może sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem”¹³¹. W przepisie tym wprost dozwolone zostało ograniczanie miejsca prowadzenia działalności przez dystrybutora, które nie jest warunkowane przyjęciem konkretnego modelu dystrybucji. Uzasadnieniem dla takiej zmiany była ochrona inwestycji dokonywanych przez dystrybutorów niedziałających w systemie dystrybucji selektywnej, przykładowo, takich jak zapewnienie odpowiedniego marketingu¹³². Skuteczność realizacji tego celu jest jednak warunkowana stosowaniem przez dostawcę analogicznych klauzul w relacjach z innymi dystrybutorami, stąd wyłączeniem grupowym objęte będzie również zobowiązanie dostawcy do nieustanawiania innego dystrybutora na wskazanym terytorium¹³³. Klauzula lokalizacyjna nie może być oczywiście rozpatrywana w oderwaniu od pozostałych aspektów relacji pomiędzy dostawcą a dystrybutorem, czyli przykładowo nie może prowadzić do ograniczenia sprzedaży pasywnej przez dystrybutora.

Należy zauważyć, że rozporządzenie VBER nie wskazuje, w jaki sposób określone może być miejsce prowadzenia działalności. Wytyczne VBER wskazują natomiast na dopuszczalność stosowania klauzul lokalizacyjnych dotyczących określonego adresu, miejsca lub terenu¹³⁴. Dokładne ustalenie, w jaki sposób określone zostanie dozwolone miejsce prowadzenia działalności, pozostawione jest swobodzie uznaniowej stron porozumienia¹³⁵. Wytyczne VBER odnoszą się do klauzul lokalizacyjnych jeszcze w dwóch aspektach. Po pierwsze, wskazują one, że wykorzystanie przez dystrybutora strony internetowej nie jest uznawane za otwarcie nowego punktu sprzedaży, a co za tym idzie - nie może zostać ograniczone za pomocą klauzuli lokalizacyjnej. Stanowisko to podziela Trybunał, który w wyroku w sprawie *Pierre Fabre*¹³⁶ wydaje się podzielać stanowisko, iż „Internet nie jest miejscem sprzedaży, lecz alternatywnym środkiem sprzedaży używanym jak sprzedaż bezpośrednia w sklepie lub sprzedaż na odległość przez dystrybutorów sieci dysponujących fizycznymi punktami sprzedaży”. Po drugie, wytyczne VBER wyjaśniają, że w przypadku ruchomego punktu dystrybucji dopuszczalne jest określenie obszaru, poza którym nie może on działać¹³⁷.

Praktyka stosowania klauzul lokalizacyjnych na podstawie rozporządzenia VBER wydaje się nie budzić szczególnych wątpliwości i jej regulacja zostanie z dużym prawdopodobieństwem powtórzona w nowym rozporządzeniu. Pewne zmiany dotyczyć mogą kwestii dystrybucji w kanale *online*, które zostały omówione w dalszej części pracy.

3.2. Klauzule najwyższego uprzywilejowania

Klauzule najwyższego uprzywilejowania są rozumiane jako obowiązek danego podmiotu do niestosowania wobec osób trzecich korzystniejszych warunków kontraktowych niż w relacji z przedsiębiorstwem uprzywilejowanym. Klauzule te nie były

131 Art. 4 lit. b rozporządzenia VBER.

132 A. Gurin, L. Peepkorn, *op.cit.* s. 1397.

133 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 282.

134 Pkt 50 wytycznych VBER.

135 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010, op.cit.*

136 Wyrok TSUE z dnia 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS* przeciwko *Président de l’Autorité de la concurrence* i *Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, ECLI:EU:C:2011:649.

137 Pkt 57 wytycznych VBER.

przedmiotem regulacji w żadnym z historycznych rozporządzeń dotyczących wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych i nie są również uregulowane w rozporządzeniu VBER. Jedynie w wytycznych VBER Komisja wskazuje, że „bezpośrednie lub pośrednie ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami zmniejszającymi bodźce nabywcy do obniżania ceny odsprzedaży, takimi jak (...) zobowiązanie nabywcy przez dostawcę do stosowania klauzuli najbardziej uprzywilejowanego klienta”¹³⁸. Ze względu na podejście przyjęte w rozporządzeniu VBER, z którego wynika, że porozumienia, które nie są zakazane, są dopuszczalne na gruncie art. 101 TFUE, należy uznać, iż stosowanie klauzul najwyższego uprzywilejowania nie wyklucza możliwości czerpania benefitów z wyłączenia grupowego (pod warunkiem spełnienia przesłanek zastosowania rozporządzenia VBER). Powyższe stanowisko potwierdza również Komisja w dokumencie *Support studies for the evaluation of the VBER*¹³⁹ („support studies”), gdzie wskazała, że klauzule te w porozumieniach wertykalnych są objęte wyłączeniem na podstawie rozporządzenia VBER, jeśli udział żadnej ze stron porozumienia nie przekracza progu 30%. Interesujące jest natomiast stanowisko Komisji zajęte w sprawie *E-books*¹⁴⁰, z którego wynika, że wykorzystanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania poprzez zobowiązanie dostawców do określania cen produktów oferowanych innym dystrybutorom na podstawie ceny detalicznej stosowanej przez innego dystrybutora może stanowić naruszenie zakazu zawartego w art. 101 TFUE. W tym przypadku postępowanie prowadzone przez Komisję zostało jednak zakończone zobowiązaniem się przedsiębiorstw uczestniczących w porozumieniu do niestosowania klauzul najwyższego uprzywilejowania przez wskazany okres i do wprowadzenia zmian w stosowanym modelu dystrybucyjnym.

Niejednolite podejście do stosowania klauzul najwyższego uprzywilejowania jest natomiast stosowane przez krajowe organy ochrony konkurencji. Ponad połowa dotychczas analizowanych przez krajowe organy ochrony konkurencji spraw w tym zakresie dotyczyła relacji pomiędzy hotelami lub restauracjami a platformami internetowymi, agregującymi szereg ofert danego typu¹⁴¹. W takich relacjach klauzule najwyższego uprzywilejowania nie stanowią zobowiązania dostawcy do zapewnienia dystrybutorowi najbardziej korzystnej ceny produktów objętych porozumieniem, a dotyczą wprost ceny detalicznej, która oferowana jest na danej platformie. Jakkolwiek krajowe organy ochrony konkurencji spójnie kwestionują możliwość stosowania w takich relacjach tzw. szerokich klauzul najwyższego uprzywilejowania, zobowiązujących drugą stronę porozumienia do nieoferowania korzystniejszych cen w jakimkolwiek alternatywnym kanale odsprzedaży, to odmiennie podchodzą do możliwości stosowania tzw. wąskich klauzul najwyższego uprzywilejowania, ograniczających drugiej stronie możliwość stosowania korzystniejszych cen jedynie we własnym systemie dystrybucji (ale dopuszczających oferowanie ich w innych kanałach dystrybucji)¹⁴². Należy przy tym zauważyć, że niektóre organy ochrony konkurencji wskazywały również na możliwość uznania klauzul najwyższego uprzywilejowania w niektórych przypadkach za najcięższe ograniczenie konkurencji w postaci ustalania cen odsprzedaży. Komisja zdaje się nie podzielać tego argumentu, ze względu na fakt, iż w takiej sytuacji nie następuje

138 Pkt 48 wytycznych VBER.

139 *Support studies for the evaluation of the VBER, final report, 2020*, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0420219enn.pdf> [dostęp: 30.05.2020 r.].

140 Decyzja Komisji z dnia 25 lipca 2013 r., w sprawie COMP/39.847/E-BOOKS, Dz.U. C 378 z 24.12.2013, ss. 25-28.

141 *Support studies*, s. 108.

142 *Ibidem*.

narzucenie cen odsprzedaży dystrybutorowi, a jedynie ograniczenie dostawcy w zakresie cen stosowanych wobec innych dystrybutorów lub w innych kanałach dystrybucji. Jednocześnie z przeprowadzonych przez Komisję analiz ekonometrycznych wynika, że stosowanie nawet wąskich klauzul najwyższego uprzywilejowania na rynku internetowych pośredników hotelowych prowadzi do podwyższenia cen detalicznych ze szkodą dla konsumentów. W ocenie Komisji mniejsze wątpliwości budzi natomiast stosowanie klauzul najwyższego uprzywilejowania w branżach innych niż hotelarstwo i sprzedaż w kanale *online*¹⁴³.

W związku ze szczegółową analizą klauzul najwyższego uprzywilejowania dokonywaną przez krajowe organy ochrony konkurencji, a także analizą ekonometryczną przeprowadzoną przez Komisję należy założyć, że z dużym prawdopodobieństwem klauzule te będą przedmiotem regulacji w nowym rozporządzeniu, a także poświęcony zostanie im istotny fragment nowych wytycznych. W ocenie autora niniejszej pracy stosowanie klauzul najwyższego uprzywilejowania w tradycyjnych kanałach dystrybucji pozostanie dozwolone, gdyż, co do zasady, nie wpływają one negatywnie na konkurencję, a w szczególności na sytuację konsumentów. Inne podejście może zostać zastosowane wobec klauzul najwyższego uprzywilejowania stosowanych w dystrybucji w kanale *online*, a w szczególności poprzez platformy agregujące oferty hotelowe, takie jak Booking.com lub Airbnb. Wydaje się, że na podstawie doświadczeń krajowych organów konkurencji Komisja może dążyć do zakazania stosowania w takich przypadkach szerokich klauzul najwyższego uprzywilejowania. Stosowanie tych klauzul prowadzi do ograniczenia swobody innego przedsiębiorstwa w zakresie oferowania korzystniejszych cen, czego skutkiem jest *de facto* ustalenie minimalnej ceny odsprzedaży, niedopuszczalne na gruncie obecnie obowiązujących przepisów. Mniej restrykcyjne stanowisko może zostać natomiast przyjęte wobec wąskich klauzul najwyższego uprzywilejowania, które zasadnie (jak się wydaje) są obecnie dopuszczane przez większość krajowych organów konkurencji.

3.3. Ograniczenie sprzedaży komponentów

Kolejna z analizowanych klauzul po raz pierwszy zawarta została w rozporządzeniu 2790/1999 i jedynie po językowych korektach powtórzona została w rozporządzeniu VBER. Obecnie obowiązujące rozporządzenie jako jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji wskazuje „ograniczenie, uzgodnione między dostawcą komponentów a nabywcą, który je wbudowuje, prawa dostawcy do sprzedaży komponentów jako części zamiennych użytkownikom ostatecznym, zakładom naprawczym lub innym usługodawcom, którym nabywca nie powierzył napraw lub serwisowania swoich towarów”¹⁴⁴. Jest to najbardziej zawężona z klauzul niedozwolonych zawartych w rozporządzeniu VBER, a jednocześnie jedyne najpoważniejsze ograniczenie, które odnosi się do działalności dostawcy, a nie dystrybutora. Zakazuje ono uniemożliwienia dostawcy części zamiennych sprzedaży tych części do innych odbiorców niż producent oryginalnego sprzętu, wykorzystujący je do własnych produktów. Celem tej regulacji jest zapewnienie podmiotom działającym na rynku wtórnym dostępu do części zamiennych, a co za tym idzie, wywołanie presji

143 Support studies, s. 113.

144 Art. 4 lit. e rozporządzenia VBER.

cenowej na rynku świadczenia usług posprzedażowych¹⁴⁵. Możliwość zakupu części zamiennych przez niezależne zakłady naprawcze pozwala na wywarcie presji cenowej na autoryzowaną sieć serwisową producenta sprzętu, a co za tym idzie - poprawia sytuację konsumentów.

Należy zauważyć, że rozporządzenie VBER uznaje za niedozwolone ograniczanie możliwości sprzedaży części zamiennych nie tylko w formie bezpośredniej, ale również pośredniej. Zgodnie z wytycznymi VBER „ograniczenia pośrednie mogą pojawiać się w szczególności wówczas, gdy dostawca części zamiennych jest ograniczony w dostarczaniu informacji technicznych i specjalnego sprzętu, koniecznych do wykorzystania części zamiennych przez użytkowników, niezależne zakłady naprawcze i usługodawców”¹⁴⁶. Wytyczne VBER wskazują natomiast, że dopuszczalne jest zakazanie dostawcy sprzedaży części zamiennych do zakładów naprawczych stanowiących autoryzowaną sieć serwisową producenta sprzętu.

W okresie obowiązywania rozporządzenia VBER nie pojawiały się kontrowersje związane ze stosowaniem klauzul ograniczających sprzedaż komponentów, a kwestia ta nie podlegała również szczegółowej analizie Komisji w ramach prac związanych z nowelizacją rozporządzenia VBER. Należy również pozytywnie ocenić jej dotychczasowe funkcjonowanie, a brak praktyki decyzyjnej w tym zakresie świadczy raczej o wyczerpującym i jasnym uregulowaniu, a nie o niedostosowaniu regulacji do realiów rynkowych. W związku z powyższym prawdopodobnie wydaje się, że Komisja nie dokona istotnych zmian w zakresie tego przepisu i zostanie on w podobnym kształcie powtórzony w nowym rozporządzeniu. Wykluczenie tego zakazu z nowego rozporządzenia mogłoby doprowadzić do wzrostu cen usług posprzedażowych związanego z ograniczeniem dostępności części zamiennych, co uderzałoby w konsumentów, a tym samym stało w sprzeczności z zamierzeniami Komisji.

145 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 313.

146 Pkt 59 wytycznych VBER.

Rozdział III

Dystrybucja selektywna i franchising

1. Dystrybucja selektywna

1.1. Pojęcie dystrybucji selektywnej i geneza regulacji

Dystrybucja selektywna jest jednym z trzech głównych modeli dystrybucji, do których zaliczają się również dystrybucja wyłączna oraz dystrybucja otwarta. Za pomocą systemu dystrybucji selektywnej dostawca może ograniczyć względem systemu dystrybucji otwartej ilość punktów oferujących produkowane przez niego towary, przy jednoczesnym braku wyznaczenia jednego dystrybutora wyłącznego na danym terenie. Istotą systemu dystrybucji selektywnej jest ograniczenie podmiotów, z którymi współpracę decyduje się prowadzić dostawca dla potrzeb dystrybucji określonych towarów lub usług. Cecha ta nie wyczerpuje jednak istoty tego modelu dystrybucji. Kolejnym elementem stanowiącym istotę dystrybucji selektywnej jest ingerencja dostawcy w swobodę działalności prowadzonej przez wyznaczonych dystrybutorów, polegająca na ograniczeniu im możliwości odsprzedaży towarów objętych systemem dystrybucji selektywnej do innych dystrybutorów, którzy nie są członkami tego systemu¹⁴⁷. Samo dopuszczenie do systemu dystrybucji selektywnej nie może być zależne od swobodnej decyzji dostawcy, a musi odbywać się na podstawie spełnienia przez danego dystrybutora określonych obiektywnych kryteriów, pozwalających mu dołączyć do sieci dystrybucji¹⁴⁸.

Dystrybucja selektywna znajduje zastosowanie w szczególności wobec produktów, dla których kluczowe jest zapewnienie odpowiedniego poziomu obsługi ich nabywcy w trakcie sprzedaży czy nawet już po nabyciu produktów. Można wyodrębnić dwie kategorie takich produktów. Pierwsza z nich obejmuje produkty zaawansowane technicznie, wymagające wysokiego poziomu obsługi posprzedażowej, właśnie ze względu na ich złożoność i związane z nią wymagania kupujących odnośnie do obsługi gwarancyjnej, jak i pogwarancyjnej¹⁴⁹. Do tego rodzaju produktów zaliczają się przede wszystkim zaawansowane produkty elektroniczne, ale również mniej oczywiste produkty, takie jak implanty zębowe. Druga kategoria produktów, do których zastosowanie znajduje system dystrybucji selektywnej, obejmuje produkty niekoniecznie wysoce skomplikowane, ale sprzedawane pod luksusowymi markami i zazwyczaj w wysokiej cenie¹⁵⁰. Najlepszymi przykładami produktów należących do tej kategorii są: zegarki, perfumy oraz biżuteria.

Istota systemu selektywnej dystrybucji oznacza, że nie wszystkie podmioty wyrażające zainteresowanie dołączeniem do takiego systemu zostaną do tego systemu

147 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 191.

148 A. Gurin, L. Peepkorn, *op.cit.*, s. 1429.

149 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 192.

150 *Ibidem*.

włączone, nawet jeżeli byłyby w stanie zaoferować nabywcom korzystniejszą ofertę cenową. To z kolei implikuje pytanie o dopuszczalność stosowania tego modelu dystrybucji na gruncie art. 101 TFUE jako modelu ograniczającego niektórym podmiotom dostęp do rynku oraz ograniczającego konkurencję cenową. Kryteria dopuszczalności stosowania dystrybucji selektywnej na gruncie prawa konkurencji pierwszy raz zostały sformułowane w wyroku TSUE w sprawie *Metro*¹⁵¹. Dotyczyła ona systemu dystrybucji selektywnej ustanowionego przez niemiecką spółkę Saba, będącą producentem sprzętu elektrycznego i elektronicznego wysokiej klasy. Na terenie Niemiec spółka ta prowadziła działalność poprzez wyznaczonych sprzedawców hurtowych, którzy nabywali produkty Saba, a następnie odsprzedawali je autoryzowanym sprzedawcom detalicznym, którzy autoryzację uzyskiwali pod warunkiem spełnienia szeregu warunków, takich jak: uzyskiwanie większości obrotów ze sprzedaży produktów zbliżonych do produkowanych przez Saba, akceptacja znacznego poziomu minimalnych zamówień, posiadanie w ofercie pełnego asortymentu produktów Saba oraz zapewnienie odpowiedniego przeszkolenia pracowników. Ponadto Saba wymagała, aby sprzedawcy hurtowi należący do jej sieci dystrybucji nie prowadzili sprzedaży produktów nią objętą bezpośrednio do konsumentów. Pierwotnie system dystrybucji selektywnej ustanowiony przez Saba zawierał również inne ograniczenia nałożone na dystrybutorów (zarówno hurtowych, jak i detalicznych), takie jak zakaz dostaw wzajemnych w relacji hurtownik - hurtownik oraz sprzedawca detaliczny - sprzedawca detaliczny czy zakaz eksportu produktów Saba do innych państw członkowskich, które jednak zostały zakwestionowane przez Komisję w ramach procedury wyłączenia indywidualnego, przy jednoczesnej akceptacji pozostałej części systemu dystrybucji selektywnej¹⁵². Decyzja Komisji zaskarżona została przez spółkę Metro prowadzącą hurtownie samoobsługowe, która nie uzyskała od Saba pozwolenia na uczestnictwo w sieci dystrybucji. Metro podniosła, że w jej ocenie niedopuszczalne jest ustanowienie zakazu prowadzenia przez hurtowników bezpośredniej sprzedaży do konsumentów, a także kwestionowała możliwość wymagania od hurtownika działającego w wielu różnych sektorach uzyskiwania większości obrotów ze sprzedaży artykułów takich jak te objęte systemem dystrybucji selektywnej. Głównym argumentem Metro było twierdzenie, że takie kryteria wejścia do systemu dystrybucji mają za zadanie nie dopuścić do niego podmiotów mogących zaproponować konsumentowi niższą cenę. Trybunał po rozważeniu odwołania Metro uznał, że utrzymywanie specjalistycznych punktów mogących świadczyć specjalistyczne usługi związane z produktami o wysokiej jakości i skomplikowanych technologicznie, które mogą uzasadniać zmniejszenie konkurencji cenowej na rzecz konkurencji odnoszącej się do innych cech niż cena jest dopuszczalne, gdyż „system selektywnej dystrybucji stanowi formę konkurencji, która pozostaje w zgodzie z artykułem 85, z zastrzeżeniem, iż odsprzedawcy są wybierani na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym odnoszących się do technicznych kwalifikacji odsprzedawcy i jego personelu oraz adekwatności jego obiektów sprzedaży i takie warunki ustanowione są jednakowo dla wszystkich potencjalnych odsprzedawców oraz nie są stosowane w sposób dyskryminujący”¹⁵³. Trybunał podkreślił również, że „jakkolwiek konkurencja cenowa jest

151 Wyrok TSUE z dnia 25 października 1977 r. w sprawie 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1977:167.

152 Decyzja Komisji nr 76/159/EWG z dnia 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 Saba, Dz.U L. 28 z 1976 r. Nr 19, ss. 19-30.

153 Pkt 20 wyroku w sprawie Metro.

tak istotna, iż nie może nigdy zostać wyeliminowana, to nie stanowi ona jedynej efektywnej formy konkurencji albo formy, której należy w każdym przypadku nadać absolutne pierwszeństwo”¹⁵⁴.

Przywołane orzeczenie Trybunału, poprzez odwołanie do innych form konkurencji niż cenowa, dobitnie świadczy o tym, że to nie doskonała, a skuteczna konkurencja jest celem stawianym przed prawem konkurencji. W sprawie *Metro* realizacja specyficznych potrzeb konsumenta została uznana za przejaw działań konkurencyjnych wobec innych podmiotów działających na rynku, a oferowanie mu szerokiej gamy usług może usprawiedliwiać zmniejszenie konkurencji cenowej. Odejście od tego rodzaju konkurencji, poprzez zastosowanie systemu dystrybucji selektywnej, zostało jednak dopuszczone przez Trybunał, pod warunkiem stosowania wyłącznie kryteriów jakościowych odnoszących się do technicznych kwalifikacji dystrybutora, jego pracowników i lokalu, stosowanie tożsamyh kryteriów dla wszystkich podmiotów chcących dołączyć do sieci dystrybucji oraz niestosowanie ich w sposób dyskryminujący. Trybunał wskazał również na konieczność ubiegania się o wyłączenie indywidualne w przypadku zastosowania przez dostawcę kryteriów ilościowych, limitujących liczbę dystrybutorów na określonym terytorium. Nierzadko w doktrynie błędnie przyjmuje się, że w wyroku w sprawie *Metro* Trybunał jako przesłankę dopuszczalności stosowania systemu dystrybucji selektywnej wskazał również usprawiedliwienie wyboru tego systemu dystrybucji cechami charakterystycznymi produktu wymagającymi stosowania właśnie tego rodzaju dystrybucji¹⁵⁵. W rzeczywistości taka przesłanka została sformułowana dopiero w późniejszym orzecznictwie. W wyroku w sprawie *L’Oreal*¹⁵⁶ Trybunał sprecyzował, że dystrybucja selektywna dopuszczalna jest wyłącznie, jeśli charakter produktu nią objętego wymaga takiego rozwiązania w celu zachowania jakości produktu i zapewniania jego właściwego użytkowania, a ograniczenia nałożone na dystrybutorów nie mogą przekraczać tego, co konieczne dla realizacji tego celu. Również w orzeczeniu w sprawie *AEG-Telefunken*¹⁵⁷ dotyczącym systemu dystrybucji selektywnej elektroniki użytkowej, działającego na terenie Niemiec, Trybunał podkreślił, iż taki system dystrybucji narusza konkurencję, co jest dopuszczalne w przypadku „istnienia uzasadnionych wymogów, takich jak utrzymanie specjalistycznego handlu zdolnego do świadczenia szczególnych usług w zakresie produktów wysokiej jakości i zaawansowanych technologicznie, które mogą uzasadniać ograniczenie konkurencji cenowej na rzecz konkurencji związanej z czynnikami innymi niż cena. Systemy dystrybucji selektywnej, w zakresie, w jakim zmierzają do osiągnięcia zgodnego z prawem celu mogącego poprawić konkurencję w odniesieniu do czynników innych niż cena, stanowią zatem element konkurencji zgodny z art. 85 ust. 1”¹⁵⁸. Trybunał podkreślił w tym orzeczeniu jednak, że „ograniczenia właściwe dla systemu dystrybucji selektywnej są jednak dopuszczalne tylko pod warunkiem,

154 Pkt 21 wyroku w sprawie *Metro*.

155 Patrz przykładowo: A. Szmigielski, *Regulacja dystrybucji selektywnej a ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym w świetle unijnego prawa konkurencji*, *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego*, rok XV, nr 2, 2016, s. 485; D. Kostecka-Jurczyk, *Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji*, Wrocław 2014, s. 58.

156 Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 1980 r. w sprawie 31/80 NV *L’Oréal i SA L’Oréal przeciwko PVBA „De Nieuwe AMCK”*, ECLI:EU:C:1980:289.

157 Wyrok TSUE z dnia 25 października 1983 r. w sprawie 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1983:293.

158 Pkt 33 wyroku w sprawie *AEG-Telefunken*.

że ich celem jest rzeczywiście poprawa konkurencji w wyżej wymienionym znaczeniu. W przeciwnym razie nie miałyby one żadnego uzasadnienia, ponieważ ich jedynym skutkiem byłoby ograniczenie konkurencji cenowej¹⁵⁹. Kryteria ustanowione wyrokiem w sprawie *Metro* oraz późniejsze ich doprecyzowanie zawarte w orzeczeniach w sprawach *L'Oreal* oraz *AEG-Telefunken* ustanowiły tak zwaną doktrynę *Metro*, która w pewnym zakresie do dziś stosowana jest przy ocenie systemów dystrybucji selektywnej opartych na kryteriach jakościowych. Doktryna ta wskazywała warunki stosowania dystrybucji selektywnej w postaci: charakteru produktu wymagającego stosowania takiego systemu dystrybucji, wyboru dystrybutorów na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, jednolitych oraz stosowanych w sposób niedyskryminujący oraz stosowania wyłącznie kryteriów nie wykraczających poza to, co konieczne dla realizacji celów ustanowienia w danym przypadku dystrybucji selektywnej.

W kontekście kwalifikacji produktów, do których zastosowanie może mieć system dystrybucji selektywnej, zasadne jest również przywołanie wyroku w sprawie *Binon*¹⁶⁰, w którym Trybunał dopuścił stosowanie dystrybucji selektywnej w zakresie dystrybucji gazet codziennych i periodyków. Mimo, iż towary te nie są skomplikowane technicznie, nie wymagają specjalnych warunków sprzedaży, a także nie należą do kategorii towarów luksusowych, Trybunał dostrzegł specyfikę polegającą na krótkim okresie ich sprzedaży, wynoszącym często tylko kilka godzin, oraz znaczne koszty związane z odbiorem niesprzedanych egzemplarzy i z tego powodu zezwolił dostawcom na wybór dystrybutorów spełniających określone kryteria. Stosowanie systemu dystrybucji selektywnej zostało również dopuszczone przez Sąd w wyroku w sprawie *Leclerc*¹⁶¹ wobec kosmetyków. W sprawie tej *Leclerc* domagał się stwierdzenia niedopuszczalności stosowania przez Yves Saint Laurent dystrybucji selektywnej uniemożliwiającej sprzedaż kosmetyków tej firmy przez sklepy detaliczne w wyniku wprowadzenia wymogu uzyskiwania przez autoryzowanego dystrybutora dochodu ze sprzedaży perfum w wysokości 60% całej jego sprzedaży. Trybunał w tej sprawie uznał, iż mimo, że produkty kosmetyczne nie wymagają specjalnie wyszkolonego personelu do ich sprzedaży, za dopuszczający stosowanie dystrybucji selektywnej cel można uznać ochronę prestiżowego wizerunku i osiąganie zysków z własnych wysiłków promocyjnych.

Kolejnym problemem związanym z dystrybucją selektywną, z którym musiał zmierzyć się Trybunał, była kwestia odmowy uznawania przez producenta gwarancji na produkty zakupione od podmiotów znajdujących się poza autoryzowaną siecią dystrybucji. W orzeczeniu w sprawie *Metro przeciwko Cartier*¹⁶² Trybunał stwierdził, iż w przypadku, kiedy produkty objęte selektywną dystrybucją spełniają wymagane do tego kryteria, ich producenci uprawnieni są do wykluczenia ich sprzedaży przez nieautoryzowanych dystrybutorów, a co za tym idzie - mogą również ograniczyć uprawnienia gwarancyjne wobec produktów zakupionych poza oficjalną siecią dystrybucji. Podejście takie stanowiło ważny krok zapewniający efektywność stosowa-

159 Pkt 34 wyroku w sprawie *AEG-Telefunken*.

160 Wyrok TSUE z dnia 3 lipca 1985 r. w sprawie 243/83 SA *Binon & Cie przeciwko SA Agence et messageries de la presse*, ECLI:EU:C:1985:284.

161 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:1996:192.

162 Wyrok TSUE z dnia 13 stycznia 1994 r. w sprawie C-376/92 T-19/92 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Cartier SA*, ECLI:EU:C:1994:5.

nia systemów dystrybucji selektywnej, poprzez ograniczenie uprawnień podmiotów dokonujących zakupu tych produktów poza autoryzowaną siecią dystrybucyjną.

Ocena klauzul stosowanych w porozumieniach wertykalnych ustanawiających dystrybucję selektywną pierwszy raz kompleksowo uregulowana została w rozporządzeniu 2790/1999. Akt ten wprost dopuszczał stosowanie dystrybucji selektywnej opartej nie tylko na kryteriach jakościowych, ale także ilościowych, które, do czasu wejścia w życie rozporządzenia 2790/1999, nie były dozwolone na gruncie art. 101 TFUE. W pierwszych projektach ww. rozporządzenia przewidywano ustanowienie oddzielnych progów udziałów rynkowych dla systemów dystrybucji selektywnej opartych na kryteriach jakościowych i ilościowych umożliwiających zastosowanie wyłączenia grupowego. W ostatecznej wersji rozporządzenia zdecydowano się jednak na zastosowanie wspólnego progu 30% udziałów rynkowych dla wszystkich umów wertykalnych. Podczas prac nad projektem rozporządzenia 2790/1999 rozważano również zastosowanie wyłączenia grupowego tylko do określonych rodzajów produktów, jednak ze względu na praktykę orzecznictwa TSUE, liberalizującą stosowanie tego kryterium na przestrzeni lat, podjęto decyzję o niewprowadzaniu takiego ograniczenia. Efektem takiej decyzji było odrzucenie kryterium charakteru produktów objętych tym systemem jako przesłanki zastosowania rozporządzenia 2790/1999.

Automatyczne wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu zawartego w artykule 101 TFUE dokonane za pomocą rozporządzenia 2790/1999 nie zostało jednak dokonane bezwarunkowo. Oprócz spełnienia ogólnych przesłanek dla wyłączenia, takich jak udział w rynku na poziomie poniżej 30%, rozporządzenie wprowadzało również listę niedozwolonych postanowień lub praktyk, których stosowanie powodowało wycofanie przywileju wyłączenia grupowego. Bezpośrednio dystrybucji selektywnej dotyczyły trzy z nich. Przede wszystkim za niedozwolone zostało uznane „ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez członków systemu selektywnej dystrybucji działających na detalicznym szczeblu handlu, nie naruszając możliwości zakazania członkom systemu wykonywania działalności poza miejscem, które nie zostało dozwolone”¹⁶³. Oznaczało to, że system dystrybucji selektywnej można było łączyć z wyłącznością terytorialną tylko na poziomie dostawcy. Dostawca bowiem mógł zobowiązać się do dostarczania produktów objętych systemem dystrybucji selektywnej wyłącznie do jednego dystrybutora na danym terytorium, jednak niedozwolone było zakazanie temu dystrybutorowi prowadzenia zarówno pasywnej, jak i aktywnej sprzedaży poza przydzielony mu obszar wyłączny¹⁶⁴. Drugą z klauzul zakazanych na gruncie rozporządzenia 2790/1999 bezpośrednio dotyczącą dystrybucji selektywnej było „ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami w obrębie systemu selektywnej dystrybucji, w tym między dystrybutorami działającymi na różnych szczeblach handlu”¹⁶⁵. Jakkolwiek podstawą systemu dystrybucji selektywnej jest zakaz dokonywania przez jego członków dostaw produktów objętych tym systemem do dystrybutorów nieautoryzowanych, tak Komisja uznała, że zakaz dokonywania wzajemnych dostaw pomiędzy członkami systemu nie przynosiłby żadnych korzyści uzasadniających jego zalegalizowanie.

163 Art. 4 pkt c rozporządzenia 2790/1999.

164 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 203.

165 Art. 4 pkt d rozporządzenia 2790/1999.

Ostatnia z klauzul/praktyk wprost odnosząca się do systemu dystrybucji selektywnej nie powodowała wycofania przywileju wyłączenia grupowego dla całego systemu, a wyłącznie dla tej klauzuli. Dotyczyła ona nałożenia „jakiegokolwiek bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania nakazującego członkom systemu selektywnej dystrybucji nie sprzedawać produktów określonych, konkurujących dostawców”¹⁶⁶. Należy podkreślić, że kluczowe znaczenie w opisie tej klauzuli miało sformułowanie „określonych”. Nałożenie na dystrybutora zakazu sprzedaży produktów wszelkich konkurentów było w pełni dopuszczalne (tzw. *single-branding*). Jedynie wyszczególnienie konkretnych konkurentów, których produkty nie mogły być dystrybuowane, zostało uznane za niedopuszczalne. Powodem była identyfikowana przez Komisję możliwość wykluczenia z rynku jednego lub kilku przedsiębiorstw (dostawców) za pomocą tego rodzaju ograniczeń nałożonych przez ich konkurentów działających poprzez te same punkty dystrybucyjne. Powyższy stan prawny utrzymywał się do 1 czerwca 2010 roku, kiedy to w życie weszło rozporządzenie VBER.

1.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER

Rozporządzenie VBER w zakresie dystrybucji selektywnej w znacznym stopniu dokonało powtórzenia regulacji zawartych w rozporządzeniu 2790/1999. Oznacza to, że w dalszym ciągu skorzystanie z przywileju wyłączenia grupowego dla dystrybucji selektywnej uzależnione jest od spełnienia trzech warunków: (i) wyboru członków sieci dystrybucji na podstawie określonych kryteriów, (ii) zobowiązania dostawcy do sprzedaży towarów lub usług objętych systemem wyłącznie na rzecz autoryzowanych dystrybutorów oraz (iii) na terytorium objętym systemem dystrybucji selektywnej jego członkowie nie mogą sprzedawać towarów lub usług nim objętych na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów (zarówno aktywnie, jak i pasywnie).

Pierwszy z tych warunków, podobnie jak w rozporządzeniu 2790/1999, dopuszcza zastosowanie kryteriów dopuszczenia do sieci zarówno jakościowych, jak i ilościowych. Co ważne, kryteria te nie muszą być jednolite ani nie muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny. Dopuszczalna jest zatem sytuacja, w której dostawca określa pewną wspólną cechę łączącą dystrybutorów, których planuje on zaangażować w tworzony system dystrybucji selektywnej i czyni z niej warunek dostępu do sieci, co może być uznane za działanie dyskryminujące wobec innych dystrybutorów. Podobnie nie prowadzi do zakwestionowania modelu dystrybucji selektywnej przypadek, w którym dla każdego z dystrybutorów ustanowione są odmienne, inne niż dla pozostałych, kryteria dostępu do sieci¹⁶⁷. Takie podejście potwierdził Trybunał w wyroku w sprawie *Jaguar*¹⁶⁸, wskazując, iż „wykładni pojęcia „określone kryteria” należy w tym kontekście dokonywać jako odnoszącego się do kryteriów, których dokładną treść można sprawdzić”¹⁶⁹. W tym samym orzeczeniu Trybunał podkreślił jednak, że „nie ma potrzeby, aby kryteria selekcyjne wykorzystywane w ramach systemu dystrybucji selektywnej były publikowane”¹⁷⁰. Takie podejście

166 Art. 5 pkt c rozporządzenia 2790/1999.

167 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 354.

168 Wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-158/11 Auto 24 SARL przeciwko Jaguar Land Rover France SAS, ECLI:EU:C:2012:351.

169 Pkt 30 wyroku w sprawie *Jaguar*.

170 Pkt 31 wyroku w sprawie *Jaguar*.

do określania kryteriów przyjęcia dystrybutorów do sieci *de facto* pozostawia dostawcy daleko idącą swobodę w definiowaniu i modyfikowaniu kryteriów jakościowych i ilościowych bez konieczności uzasadnienia tych działań.

Drugi z warunków nie dotyczy bezpośrednio dystrybutorów, a dostawcy, zapewniając skuteczność przyjętego modelu dystrybucji selektywnej. Dostawca jest bowiem zobowiązany do sprzedaży towarów lub usług objętych systemem wyłącznie do autoryzowanych dystrybutorów, co *a contrario* oznacza, że nie może on według własnego uznania oprócz funkcjonującego na danym terenie systemu dystrybucji selektywnej ustanowić dodatkowych punktów dystrybucji nieobjętych tym systemem. Warunek ten nie obejmuje jednak zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej wobec autoryzowanych dystrybutorów przez samego dostawcę. Taką działalność dostawcy można jednak wyłączyć umownie, zobowiązując dostawcę do nieprowadzenia sprzedaży aktywnej, pasywnej bądź obu tych rodzajów, na terytorium, na którym ustanowiony został system dystrybucji selektywnej. Ze względu na dowolność kształtowania ograniczeń nakładanych na dostawcę zakaz konkurencji może przybrać również bardziej specyficzne formy, na przykład odnosić się wyłącznie do wskazanych klientów¹⁷¹ lub nawet określonych członków systemu dystrybucji selektywnej, gdy dostawy na ich rzecz ma prowadzić na przykład dystrybutor hurtowy¹⁷².

W tym zakresie jedyna, a jednocześnie najważniejsza w odniesieniu do dystrybucji selektywnej, zmiana dotyczy trzeciego z ww. warunków. W rozporządzeniu VBER wskazano, iż zakaz odsprzedaży towarów lub usług objętych systemem dystrybucji selektywnej na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów obowiązuje wyłącznie na terytorium, na którym ustanowiony został ten system. *A contrario* oznacza to, że dystrybutorzy mogą dokonywać sprzedaży tych towarów lub usług na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów działających na obszarach, na terenie których dostawca nie ustanowił systemu dystrybucji selektywnej. Niejednoznaczne jest natomiast określenie terytorium, na którym ustanowiony został system dystrybucji selektywnej, w przypadku gdy na pewnym obszarze dostawca planuje uruchomienie takiego systemu, jednak w dalszym ciągu poszukuje właściwych dystrybutorów lub gdy terytorium to przydzielone jest bezpośrednio samemu dostawcy. W doktrynie podnosi się jednak, że ustanowienie zakazu odsprzedaży towarów lub usług na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów na obszarze, na którym dostawca jeszcze nie ustanowił dystrybutora lub prowadzi na nim sprzedaż samodzielnie, będzie zgodne z wymaganiami stawianymi przez rozporządzenie VBER¹⁷³. Z drugiej strony wytyczne VBER wskazują, że dopuszczalne jest nałożenie na dystrybutora selektywnego zakazu aktywnej sprzedaży na terytorium, na którym ustanowiony został system dystrybucji wyłącznej, jednak pod warunkiem równoległego ograniczenia, omówionego w kontekście modelu dystrybucji wyłącznej.

W ramach systemu dystrybucji selektywnej dostawca może zobowiązać się również do niewyznaczania innego dystrybutora na wskazanym obszarze, ale jest też uprawniony do zakazania dystrybutorom selektywnym otwierania kolejnych punktów dystrybucji, które nie uzyskały wcześniejszej autoryzacji¹⁷⁴. Niedozwolona

171 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 358.

172 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 360.

173 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, ss. 305-306.

174 Art. 4 lit. c rozporządzenia VBER.

jest natomiast sytuacja, w której dostawca zakazuje dystrybutorom działającym w ramach systemu dystrybucji selektywnej na szczeblu detalicznym prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników końcowych. Podkreślenia wymaga w tym zakresie, iż dopuszczalne jest nałożenie zakazu prowadzenia aktywnej oraz pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników końcowych na dystrybutora działającego na szczeblu hurtowym¹⁷⁵. Zakaz taki może obejmować wyłącznie terytoria, które przypisane zostały innemu autoryzowanemu dystrybutorowi. Nie można natomiast ograniczyć dystrybutorów, niezależnie od szczebla obrotu, na którym działają, w zakresie dostarczania produktów lub usług na rzecz innych autoryzowanych dystrybutorów¹⁷⁶.

W kontekście zobowiązań nakładanych przez dostawcę na dystrybutorów działających w ramach systemu dystrybucji selektywnej istotna jest również kwestia narzucania minimalnego wolumenu zakupów realizowanych u dostawcy. Tego rodzaju nakaz, co do zasady, jest dopuszczalny, jednak jego wprowadzenie nie może prowadzić do uniemożliwienia dystrybutorowi zaopatrywania się u któregośkolwiek z pozostałych członków systemu dystrybucji selektywnej. W przeciwnym wypadku stanowiłoby to ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej, co stanowi jedno z najpoważniejszych - zakazanych - ograniczeń dotyczących tego systemu¹⁷⁷.

1.3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję

W trakcie prac nad Rozporządzeniem VBER dystrybucja selektywna stanowiła już istotny element prowadzonej dyskusji, jednak w ciągu ostatnich 10 lat jeszcze bardziej zyskała na popularności, stając się najpopularniejszym systemem dystrybucji, wyprzedzając dominującą kiedyś dystrybucję wyłączną. Znaczny wzrost przypadków stosowania systemów dystrybucji selektywnej w trakcie obowiązywania rozporządzenia VBER sprawił, że nietrudno zidentyfikować pewne niedoskonałości obecnej regulacji. Znaczna część z nich związana jest z dystrybucją *online*, która również w ogromnym stopniu rozwinęła się w ostatnich latach, jednak istnieją również wymagające udoskonalenia aspekty dystrybucji selektywnej niezwiązane z rozwojem technologicznym mającym miejsce w ostatnich latach.

Przede wszystkim w ramach systemów dystrybucji selektywnej na dystrybutorów mogą zostać nałożone daleko idące ograniczenia, ingerujące w sposób prowadzenia przez nich działalności. Niezaprzeczalnie możliwość taka niesie za sobą prokonkurencyjne skutki między innymi w postaci uniknięcia problemu tzw. wolnych jeźdźców (*ang. free-riders*), czyli przedsiębiorstw nieoferujących dodatkowych usług okołosprzedażowych, mogących tym samym stosować niższe ceny, korzystających na rozwiniętych tego rodzaju usługach u innych dystrybutorów. W takich przypadkach konsument często skorzysta na przykład z możliwości osobistego obejrzenia produktu w salonie wystawowym innego przedsiębiorstwa lub z porady wykwalifikowanego pracownika tego przedsiębiorstwa, ale zakupu dokona finalnie u przedsiębiorstwa oferującego niższą cenę za ten sam produkt. Podobnie wolny jeździec

175 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 359.

176 Art. 4 lit. d rozporządzenia VBER.

177 Art. 4 lit. d rozporządzenia VBER.

może nie inwestować w działania promocyjne dystrybuowanych produktów, korzystając na promocji produktu organizowanej przez konkurencyjnych dystrybutorów. Taka sytuacja zdecydowanie ogranicza chęć dystrybutorów do podejmowania dodatkowych działań na rzecz zwiększenia sprzedaży, a zachęca ich do skupienia się wyłącznie na konkurencji cenowej. Dzięki dystrybucji selektywnej możliwe jest korzystne dla konsumenta rozwinięcie usług okotosprzedażowych i zachęcenie dystrybutorów do prowadzenia konkurencji innej aniżeli konkurencja cenowa. Ten pozytywny efekt osiągnięty jest jednak kosztem pewnych antykonkurencyjnych skutków, takich jak: ograniczenie liczby dystrybutorów danego produktu lub usługi, zwiększenie barier wejścia na rynek dla nowych dystrybutorów czy ograniczenie swobody działalności dystrybutorów będących członkami systemu dystrybucji selektywnej.

Właśnie ze względu na antykonkurencyjne skutki dystrybucji selektywnej, które w pewnych przypadkach mogą nie być równoważone przez skutki prokonkurencyjne, należy rozważyć, czy obecnie obowiązujący próg 30% udziału w rynku dla uczestników systemu dystrybucji selektywnej jest adekwatny do zagrożeń dla konkurencji niesionych przez systemy dystrybucji selektywnej. Z jednej strony wydaje się, że możliwość nałożenia w tym systemie daleko idących ograniczeń na dystrybutorów powinna być limitowana niższym dopuszczalnym poziomem udziałów w rynku, na co wskazywały również niektóre krajowe organy ochrony konkurencji w ramach konsultacji publicznych¹⁷⁸ twierdząc, że obecna regulacja w tym zakresie prowadzi do legalności systemów, które z ich punktu widzenia nie powinny być dopuszczalne. Z drugiej strony obniżenie obecnie obowiązującego progu udziałów, na przykład do 20%, doprowadziłoby do znacznego ograniczenia możliwości stosowania dystrybucji selektywnej, jednocześnie nie dając gwarancji, że wszelkie systemy szkodliwe dla konkurencji zostałyby wyeliminowane z rynku. Takie obniżenie progu spowodowałoby również konieczność poniesienia przez wielu dostawców znacznych kosztów związanych ze zmianą obecnego systemu dystrybucji na inny, a także doprowadziłoby do dodatkowej komplikacji przepisów poprzez stosowanie różnych progów udziałowych wobec różnych systemów dystrybucji. Za mało prawdopodobne należy uznać zatem zmniejszenie w nowym rozporządzeniu progu udziałowego dopuszczającego stosowanie dystrybucji selektywnej, gdyż niosłoby to za sobą zbyt wiele kosztów dla przedsiębiorstw, które to koszty mogłyby się odbić negatywnie na konsumentach, a także prowadziłoby do ograniczenia usług okotosprzedażowych produktów, których system dystrybucji musiałby ulec zmianie.

Jakkolwiek nie należy spodziewać się zmian w zakresie progu udziałów rynkowych dopuszczającego stosowanie dystrybucji selektywnej, konieczność zmiany można zidentyfikować w zakresie możliwości stosowania ograniczeń terytorialnych w ramach systemów dystrybucji selektywnej. Pierwszym z aspektów, których funkcjonowanie nie jest perfekcyjne, jest dopuszczalność zakazania dystrybutorom selektywnym prowadzenia sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów. W rozporządzeniu VBER możliwość ta ograniczona jest do terytorium objętego systemem selektywnej dystrybucji, co z perspektywy biznesowej wydaje się niewystarczające. W wielu przypadkach produkty, które są sprzedawane przez dystrybutorów selektywnych na terytoria nieobjęte systemem dystrybucji selektywnej, odsprzedawane są następnie ponownie na terytorium objęte tym systemem, co

¹⁷⁸ Raport VBER, *op.cit.*, ss. 193-200.

jest szkodliwe dla jego działania i niweluje prokonkurencyjne efekty dystrybucji selektywnej. Problem związany z dopuszczalnością stosowania ograniczeń terytorialnych pojawia się również w przypadku równoległego stosowania na niektórych terytoriach systemu dystrybucji selektywnej, a na innych - systemu dystrybucji wyłącznej lub prowadzenia sprzedaży samodzielnie przez dostawcę. System dystrybucji selektywnej traci w takim przypadku na efektywności, gdyż dystrybutorzy wyłączni z innych terytoriów mogą prowadzić działalność na terytorium objętym systemem dystrybucji selektywnej. W takim przypadku działalność dystrybutorów wyłącznych jest o tyle szkodliwa dla dystrybutorów selektywnych, że mogą oni w wielu przypadkach zaoferować korzystniejsze ceny produktów związane z brakiem prowadzenia przez nich dodatkowych usług okołosprzedażowych lub działań promocyjnych.

Co do pierwszego z opisanych problemów, dotyczącego dopuszczalności zakazania dystrybutorom selektywnym prowadzenia sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów, mimo istnienia argumentów za liberalizacją obowiązującego podejścia, nie należy się spodziewać w ocenie autora niniejszej pracy zmian w tym zakresie. Dopuszczenie zakazu sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom znajdującym się na terytoriach nieobjętych dystrybucją selektywną mogłoby doprowadzić do ograniczenia konsumentom na tych terytoriach dostępu do produktów objętych systemem, co wydaje się szkodą przeważającą nad koniecznością zwiększenia efektywności systemów dystrybucji selektywnej. Prawdopodobna jest jednak zmiana w zakresie drugiego z problemów, dotyczącego działalności dystrybutorów wyłącznych z innych terytoriów na terytorium objętym systemem dystrybucji selektywnej. Zasadnie można się spodziewać, że Komisja bardziej szczegółowo podejdzie do sytuacji zbiegu stosowania dystrybucji selektywnej i wyłącznej, zabezpieczając dystrybutorów selektywnych przed sprzedażą dokonywaną przez dystrybutorów wyłącznych, na przykład poprzez umożliwienie wprowadzenia zakazu dokonywania sprzedaży poza terytorium wyłączne, pod warunkiem że jest ono objęte innym systemem dystrybucji tych samych produktów. Zakaz taki nie ograniczałby dostępu konsumentów do dystrybuowanych produktów, a jednocześnie adresowałby identyfikowane obecnie problemy w tym zakresie.

Największe zarzuty wobec obowiązującej regulacji dystrybucji selektywnej można podnieść jednak w zakresie, w jakim dotyczy ona dystrybucji w kanale online. Rozporządzenie VBER przewiduje obecnie, że wymogi dotyczące sprzedaży w kanale *online* nakładane na dystrybutorów selektywnych powinny odpowiadać tym, które stosowane są wobec sprzedaży w kanale tradycyjnym. Ze względu na znaczne różnice pomiędzy tymi kanałami pełne przeniesienie tych wymogów jest niemożliwe, ale również niezasadne. Dystrybucja w kanale *online* znacznie różni się od dystrybucji w kanale tradycyjnym. Z jednej strony w przypadku dystrybucji *online* niemożliwe jest zaoferowanie konsumentowi usług okołosprzedażowych w postaci możliwości fizycznego obejrzenia produktu w punkcie dystrybucji, ale z drugiej strony istnieją nowe formy kontaktu z konsumentem, na przykład w formie tzw. czat-botów lub rozmów internetowych z doradcą, wobec których dostawca mógłby chcieć nałożyć dodatkowe wymagania. W związku z tym racjonalne wydaje się dozwolenie stosowania innych wymogów wobec dystrybucji tradycyjnej oraz dystrybucji online i należy oczekiwać, że Komisja wprowadzi w nowym rozporządzeniu zmiany dopuszczające zastosowanie rozbieżnych wymagań dla tych dwóch kanałów

dystrybucji. Możliwe jest jednak, że Komisja ograniczy zakres takich rozbieżności, dopuszczając ją tylko w określonych sytuacjach, co może jednak w praktyce powodować problemy interpretacyjne, szczególnie przy założeniu dalszego rozwoju nowoczesnych kanałów dystrybucji.

2. Franchising

2.1. Pojęcie franchisingu i geneza regulacji

Pojęcie franchisingu definiowane jest w różnorodny sposób, w zależności od tego, czy przyjęto podejście *stricte* prawne, czy biznesowe. Na potrzeby omówienia dystrybucji w modelu franchisingowym w kontekście porozumień wertykalnych najbardziej odpowiednia wydaje się definicja tego pojęcia zawarta w Europejskim Kodeksie Etyki Franczyzy¹⁷⁹. Franchising zdefiniowany jest tam jako „system sprzedaży towarów, usług lub technologii, który opiera się na bliskiej, a także ciągłej współpracy pomiędzy prawnie i finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorstwami (Francyzodawcą i jego indywidualnymi Francyzobiorcami), w ramach którego Francyzodawca udziela indywidualnemu Francyzobiorcy prawa oraz nakłada na niego obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z koncepcją Francyzodawcy. W ramach umowy franchisingowej franchisingobiorca jest uprawniony, ale i częściowo zobowiązany do odpłatnego korzystania z nazwy handlowej, znaku towarowego lub usługowego, *know-how*, rozwiązań biznesowych i technicznych, procedur i innych praw własności intelektualnej i przemysłowej franchisingodawcy. W praktyce umowa taka zwykle również gwarantuje franchisingobiorcy pomoc techniczną i biznesową świadczoną przez franchisingodawcę przez cały okres jej trwania. Podstawowa korzyść dla franchisingobiorcy wynika z możliwości skorzystania z rozpoznawalnej na rynku marki i wsparcia biznesowego ze strony franchisingodawcy, który w zamian otrzymuje określone w umowie wynagrodzenie. Co ważne, jak wynika z przytoczonej powyżej definicji franchisingu, franchisingobiorca jest podmiotem niezależnym od franchisingodawcy, a swoją działalność prowadzi na własne ryzyko i na własny rachunek.

Model dystrybucji poprzez franchising rozpowszechnił się w Europie już na początku lat 70. ubiegłego wieku poprzez przejście rozwiązań biznesowych stosowanych w Stanach Zjednoczonych. Już w połowie 1982 roku na terenie Niemiec funkcjonowało około 200 systemów franchisingowych, w których zaangażowane było około 120 000 przedsiębiorstw, we Francji takich systemów istniało około 400, a na terenie Niderlandów - około 280¹⁸⁰. Tak szybki rozwój franchisingu, a także wysoki stopień skomplikowania umów franchisingowych¹⁸¹ powodowały, iż Komisja zmagła się z trudnościami dotyczącymi oceny dopuszczalności stosowania takiego modelu dystrybucji i konkretnych postanowień regulujących go umów¹⁸². Po raz pierwszy dopuszczalność stosowania franchisingu na gruncie prawa konkurencji została oceniona przez Trybunał w 1986 roku w wyroku w sprawie *Pronuptia*. Trybunał wskazał na znaczne korzyści płynące z dystrybucji prowadzonej przy wykorzystaniu tego modelu, która pozwala franchisingodawcy na rozwój sieci dystrybucji oraz

179 *Europejski Kodeks Etyki Franczyzy Europejskiej Federacji Franczyzy*, <https://franczyza.org.pl/europejski-kodeks-etyki-udzielania-franczyzy/> [dostęp: 30.05.2021 r.].

180 Opinia rzecznika generalnego VerLoren van Themaat z dnia 19 czerwca 1985 r, w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1985:261.

181 Typowa umowa franchisingowa to bardzo obszerny dokument, który może liczyć nawet do kilkuset stron, jeżeli uwzględnić dokumentację franchisingową będącą podstawą dla udostępnianych franchisingobiorcy praw własności intelektualnej.

182 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 210.

wykorzystanie wiedzy zdobytej na innych rynkach bez czynienia znacznych nakładów finansowych na budowę sieci detalicznej. Z drugiej strony Trybunał zauważył, iż franchising pozwala nawet niedoświadczonym przedsiębiorstwom na dostęp do sprawdzonych rozwiązań biznesowych i skorzystanie z reputacji posiadanej przez franchisingodawcę, przy jednoczesnym zachowaniu niezależności.

Dopuszczalność stosowania takiego modelu dystrybucji zależała w ocenie Trybunału od łącznego spełnienia dwóch warunków. Po pierwsze, franchisingodawca musi mieć możliwość przekazania swojego *know-how* franchisingobiorcy i dostarczenia mu niezbędnej pomocy w celu wykorzystania tego *know-how*, bez ponoszenia ryzyka, że przyniesie to korzyści (nawet pośrednio) jego konkurentom. Ochrona interesu franchisingobiorcy w tym zakresie uzasadniała między innymi nałożenie na franchisingobiorcę zakazu prowadzenia jakiejkolwiek działalności konkurencyjnej dla przyjętego modelu franchisingowego. Komisja w tym aspekcie wskazała, że na franchisingobiorcę można nałożyć również zakaz nabywania udziałów w konkurencyjnych przedsiębiorstwach, jeśli prowadziłyby to do przejścia nad nimi kontroli¹⁸³. Interes franchisingodawcy był również rozumiany jako efektywne działanie wszystkich członków sieci, co prowadziło do dopuszczalności nałożenia na franchisingobiorcę zakazu otwierania nowych punktów sprzedaży na terenie, gdzie mógłby konkurować z innym franchisingobiorcą.

Drugim z warunków jest zapewnienie franchisingodawcy możliwości podjęcia środków niezbędnych do utrzymania tożsamości i reputacji sieci noszącej jego symbol. Realizacja tego warunku może nastąpić poprzez: przyznanie franchisingodawcy swobody w zakresie wyboru i mianowania franchisingobiorców, nałożenie na nich nakazu sprzedaży wyłącznie produktów dostarczanych przez wskazanych dostawców, prowadzenie działalności wyłącznie w zatwierdzonym punkcie sprzedaży, a także zobowiązania do aktywnej promocji towarów objętych umową. W ówczesnym stanie prawnym oznaczało to, że dystrybucja poprzez franchising może, w przeciwieństwie do dystrybucji selektywnej, opierać się na subiektywnie dobranych kryteriach. W ocenie Trybunału charakter umowy franchisingu pozwala również na nałożenie na franchisingobiorcę zobowiązań do dokonywania wyłącznych zakupów lub alternatywnie na określenie podmiotów, u których może się on zaopatrywać.

Wyrok w sprawie *Pronuptia* wskazywał na możliwość stosowania daleko idących ograniczeń swobody działalności franchisingobiorców. Trybunał zaznaczył jednak, iż ocena tego modelu dystrybucji musi być każdorazowo dokonywana indywidualnie przy uwzględnieniu całokształtu regulującej go umowy. Dopuszczalność ograniczenia swobody działalności nie była jednak w ocenie Trybunału bezwarunkowa, a ograniczenia, które nie są związane z istotnymi warunkami funkcjonowania franchisingu, mogą stanowić niedozwolone porozumienie, w szczególności jeśli prowadziłyby do podziału rynku.

Niedługo po wydaniu omówionego powyżej orzeczenia przyjęte zostało Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii

183 Decyzja Komisji nr 87/407/EEC z dnia 13 lipca 1987 r. w sprawie IV/32.034 - Computerland, Dz.U. L 222 z 10.08.1987, ss. 12-23.

umów franchisingowych¹⁸⁴ („rozporządzenie 4087/88”). Stanowiło ono wyłączenie grupowe spod zakazu zawartego w art. 101 TFUE dla umów franchisingowych spełniających określone kryteria. Rozporządzenie wymieniało szereg dozwolonych i niedozwolonych klauzul zawieranych w umowach franchisingowych. Za najważniejsze klauzule, które mogły być umieszczone w umowach franchisingowych, uznano przyznanie franchisingobiorcy wyłączności terytorialnej, ograniczenie jego prawa do aktywnej sprzedaży poza wyznaczonym terytorium, a także możliwość nałożenia na franchisingobiorcę zakazu sprzedaży konkurencyjnych towarów. Najważniejsze klauzule niedozwolone zbliżone były natomiast do tych stosowanych wobec innych systemów dystrybucji, a mianowicie jakiegokolwiek ograniczenie swobody franchisingobiorcy w zakresie ustalania cen odsprzedaży (z wyłączeniem możliwości stosowania przez dostawcę cen rekomendowanych), a także ograniczenie wzajemnych dostaw pomiędzy franchisingobiorcami. Co ważne, mimo iż rozporządzenie 4087/88 w swoim literalnym brzmieniu odnosiło się wyłącznie do dystrybucji towarów, Komisja w decyzji w sprawie *ServiceMaster*¹⁸⁵ wskazała, że umowy franchisingowe dotyczące usług powinny być traktowane w sposób analogiczny.

Relatywnie liberalne zasady dopuszczalności stosowania franchisingu wynikające z rozporządzenia 4087/88, a także z praktyki decyzyjnej Komisji sprawiły, że franchising znacząco zyskał na popularności, a w niektórych wypadkach zastępował dystrybucję wyłączną, której zastosowanie nie dawało tyle swobody w kształtowaniu relacji kontraktowych pomiędzy dostawcą i dystrybutorem¹⁸⁶. Rozporządzenie 4087/88 pozostało w mocy do 1999 roku, kiedy przyjęte zostało rozporządzenie 2790/1999, obejmujące swoim zakresem wszystkie rodzaje dystrybucji, w tym *franchising*.

Wyłączenie franchisingu spod zakazu zawartego w art. 101 TFUE zawarte w rozporządzeniu 2790/1999 nie objęło wszystkich umów franchisingowych, które korzystały z dobrodziejstwa rozporządzenia 4087/88. Rozporządzenie 2790/1999 stanowiło bowiem, że przewidziane w nim wyłączenie spod art. 101 TUE stosuje się „do porozumień wertykalnych zawierających przepisy, które odnoszą się do przeniesienia na kupującego praw własności intelektualnej lub korzystania przez niego z takich praw, o ile te przepisy nie stanowią podstawowego przedmiotu takich porozumień i są bezpośrednio związane z używaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów albo usług przez kupującego lub jego klientów. Wyłączenie stosuje się pod warunkiem, że w odniesieniu do kontraktowych towarów lub usług przepisy te nie zawierają ograniczeń konkurencji mających ten sam cel lub skutek jak ograniczenia wertykalne, które nie są wyłączone na podstawie niniejszego rozporządzenia”¹⁸⁷. Wskazanych powyżej warunków zastosowania wyłączenia spod art. 101 TFUE nie przewidywało natomiast rozporządzenie 4087/88. W wytycznych 2790/1999 Komisja wskazała jednocześnie, że wyłączeniem nie są objęte umowy franchisingu przemysłowego¹⁸⁸, którego działanie w praktyce zbliżone jest do umów o podwykonawstwo. W tym

184 Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z dnia 30 listopada 1988 r., w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii umów franchisingowych, Dz.U. L 359 z 28.12.1988, ss. 46-52.

185 Decyzja Komisji nr 88/604/EEC z dnia 14 listopada 1988 r. w sprawie IV/32.358 - ServiceMaster, Dz.U. L 332 z 3.12.1988, ss. 38-42.

186 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 215.

187 Art. 2 ust. 3 rozporządzenia 2790/1999.

188 *Franchising przemysłowy polega na udostępnieniu przez franchisingodawcę know-how i doświadczenia technicznego, jednak wyłącznie w celu wykonania wyrobów o zbliżonej jakości i cechach do wyrobów produkowanych samodzielnie przez franchisingodawcę.*

samym dokumencie Komisja wskazała zarazem na pięć przesłanek, których łączne spełnienie pozwalało na skorzystanie przez umowę franchisingową z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu 2790/1999:

1. „postanowienia dotyczące PWI (praw własności intelektualnej - dopisek autora) muszą być częścią porozumienia wertykalnego, tj. porozumienia zawierającego warunki, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać niektóre towary lub usługi,
2. PWI muszą być przyznane nabywcy lub może on z nich korzystać,
3. postanowienia dotyczące PWI nie mogą stanowić podstawowego przedmiotu porozumienia,
4. postanowienia dotyczące PWI muszą być bezpośrednio związane z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. W przypadku franchisingu, gdy marketing stanowi cel eksploatacji PWI, towary lub usługi są dystrybuowane przez głównego franchisingobiorcę lub franchisingobiorców,
5. postanowienia dotyczące PWI - w odniesieniu do towarów lub usług objętych umową - nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających taki sam przedmiot lub skutek jak porozumienia wertykalne, które nie są zwolnione na mocy rozporządzenia o wyłączeniach grupowych”¹⁸⁹.

Komisja w wytycznych 2790/1999 wskazała również, że w wypadku spełnienia pięciu przywołanych powyżej warunków w umowie franchisingowej zawarte mogą być również klauzule chroniące prawa własności intelektualnej franchisingodawcy. Wśród wymienionych przez Komisję uzasadnionych ograniczeń nakładanych na franchisingobiorcę znalazło się natomiast między innymi zobowiązanie do nieangażowania się w jakąkolwiek podobną działalność, a także do nienabywania udziałów innych przedsiębiorstw, które pozwalałyby franchisingobiorcy wywierać wpływ na działanie takiego podmiotu. Takie podejście wydaje się słuszne i uzasadnione koniecznością ochrony interesu franchisingodawcy, który przekazuje franchisingobiorcy swój *know-how* oraz model biznesowy, a co za tym idzie - powinien być chroniony przed jakąkolwiek działalnością konkurencyjną z jego strony.

2.2. Regulacja w rozporządzeniu VBER

Rozporządzenie VBER w zasadzie powiela regulację franchisingu zawartą w rozporządzeniu 2790/1999. Oznacza to, że umowy franchisingowe są objęte wyłączeniem grupowym bez konieczności spełniania przez nie szczególnych wymogów, poza generalnymi przesłankami zastosowania rozporządzenia VBER, takimi jak próg udziałów rynkowych w wysokości 30%. W wytycznych VBER Komisja ponownie wskazała listę zobowiązań związanych z prawami własności intelektualnej, które są zwykle uznawane za konieczne w celu ich ochrony. Jako dopuszczalne Komisja wskazuje¹⁹⁰:

1. zobowiązanie franchisingobiorcy do nieangażowania się, bezpośrednio lub pośrednio, w jakąkolwiek podobną działalność;

189 Pkt 30 wytycznych 2790/1999.

190 Pkt 45 wytycznych VBER.

2. zobowiązanie franchisingobiorcy do nienabywania udziałów finansowych w kapitale konkurencyjnego przedsiębiorstwa, które dałyby franchisingobiorcy możliwość wpływania na postępowanie gospodarcze takiego przedsiębiorstwa;
3. zobowiązanie franchisingobiorcy do nieujawniania osobom trzecim *know-how* dostarczonego przez franchisingodawcę, tak długo jak to *know-how* nie jest ogólnie znane;
4. zobowiązanie franchisingobiorcy do przekazania franchisingodawcy wszelkich doświadczeń zdobytych podczas franchisingu i do przyznania franchisingodawcy oraz innym franchisingobiorcom licencji niewyłącznej na *know-how* wynikające z tych doświadczeń;
5. zobowiązanie franchisingobiorcy do informowania franchisingodawcy o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielono licencji, do podjęcia prawnych działań przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania franchisingodawcy w działaniach prawnych przeciwko takim osobom;
6. zobowiązanie franchisingobiorcy do niewykorzystywania *know-how*, na które franchisingodawca udzielił licencji, do celów innych niż franchising;
7. zobowiązanie franchisingobiorcy do nieprzenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franchisingowej bez zgody franchisingodawcy.

Wytyczne VBER wskazują również, że w przypadku organizacji krótkotrwałej promocji (trwającej zazwyczaj od 2 do 6 tygodni) w ramach sieci franchisingowej uzasadnione może być narzucenie franchisingobiorcom sztywnej ceny odsprzedaży produktów objętych promocją w celu maksymalizacji efektu promocji, co stanowi efekt korzystny dla konsumentów, uzasadniający możliwość zastosowania tego rozwiązania.

W ramach konsultacji publicznych przeprowadzonych podczas prac nad rozporządzeniem VBER część respondentów podnosiła, iż franchising powinien stanowić odrębnie uregulowany model dystrybucji. Przykładowo, Euro Commerce w zgłoszonych uwagach wskazywało, że: „dystrybucja franchisingowa nie powinna być postrzegana jako podkategoria dystrybucji selektywnej. Jest to specyficzna forma dystrybucji, której nieodłącznym elementem jest udostępnienie franchisingobiorcy *know-how* franchisingodawcy w celu umożliwienia mu uzyskania przewagi konkurencyjnej”¹⁹¹. Specyfika franchisingu została również zauważona przez Trybunał, który już w wyroku w sprawie *Pronuptia* wskazał, że „porozumienia franchisingowe o dystrybucji towarów tym różnią się od umów dealerskich oraz od umów, które włączają wybranych detalistów do systemu dystrybucji selektywnej, że w tych ostatnich przypadkach dystrybucja nie jest prowadzona pod wspólnym szyldem ani przy zastosowaniu jednolitego modelu biznesowego, ani też nie obejmuje opłat za udzielenia pewnych korzyści”¹⁹². Zgodnie ze stanowiskiem Komisji, a także póź-

191 Stanowisko Euro Commerce z dnia 28 września 2009 r, w sprawie umów wertykalnych, http://web.archive.org/web/20190530202630/http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/eurocommerce_en.pdf [dostęp: 15.04.2021].

192 Pkt 15 wyroku w sprawie *Pronuptia*.

niejszymi poglądami doktryny¹⁹³, brak wyszczególnienia tego systemu dystrybucji w rozporządzeniu VBER, jak również brak jest specyficznych regulacji, które miałyby zastosowanie wyłącznie wobec franchisingu powoduje, że trudno znaleźć argumenty przemawiające za klasyfikacją franchisingu jako modelu dystrybucji, niedającego się przyrównać do dystrybucji selektywnej lub wyłącznej. Należy też odnotować, że w okresie obowiązywania rozporządzenia VBER ani Komisja, ani Trybunał nie wydały rozstrzygnięcia, które zmieniłoby podejście do oceny umów franchisingowych, poprzez przykładowo nałożenie dodatkowych warunków koniecznych do skorzystania z wyłączenia spod zakazu wyrażonego w art. 101 TFUE, a tym samym uzasadniających wyodrębnienie tego modelu dystrybucji w nowym rozporządzeniu.

2.3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję

Jakakolwiek ocena przepisów dotyczących franchisingu w rozporządzeniu VBER jest oczywiście niemożliwa ze względu na brak bezpośredniego uregulowania tej problematyki w jego treści, a jedynie w wytycznych 330/2010. Z tego powodu pierwszym postulatem, który należy podnieść, jest uregulowanie franchisingu jako odrębnej metody dystrybucji w treści nowego rozporządzenia. Obecna sytuacja, w której Komisja do relatywnie ważnego i problematycznego systemu dystrybucji odnosi się wyłącznie w wytycznych, prowadzi do braku pewności prawnej po stronie przedsiębiorstw stosujących ten system, a także do rozbieżności w ocenie niektórych ich aspektów przez organy antymonopolowe. Wprowadzenie odrębnego systemu dystrybucji do nowego rozporządzenia wymaga jednak przede wszystkim zamieszczenia w nim definicji franchisingu, co zapewniłoby wymaganą pewność prawną uczestnikom rynku. Franchising, jak wskazano powyżej, w znacznej mierze opiera się na udostępnianiu franchisingobiorcy *know-how* należącego do franchisingodawcy, a zatem racjonalne wydaje się również postulowanie, aby oprócz definicji samego franchisingu Komisja wprowadziła w nowym rozporządzeniu odrębną definicję *know-how*, która ze względu na szerokie spektrum przekazywanych informacji, nie tylko technicznych, ale również biznesowych, powinna być relatywnie szeroka.

Komisja, wprowadzając odrębne uregulowanie franchisingu, będzie zmuszona również wyjaśnić istniejące obecnie niejasności w zakresie możliwości stosowania niektórych ograniczeń wertykalnych w tym systemie dystrybucji. Przede wszystkim wytyczne 330/2010 nie adresują w odpowiedni sposób reguł dotyczących stosowania wyłączności terytorialnej w ramach franchisingu. W obecnej regulacji brak jest wyraźnego wskazania, czy w ramach franchisingu możliwe jest stosowanie wyłączności terytorialnej. Wydaje się, że w tym aspekcie franchising powinien być traktowany analogicznie do systemów dystrybucji selektywnej, jednak obowiązujące przepisy nie gwarantują w tym aspekcie wystarczającej pewności uczestnikom rynku, szczególnie w przypadkach, w których franchisingobiorca jest jednocześnie wyłącznym dystrybutorem produktów lub usług danego dostawcy na określonym terytorium.

Kolejnym z ograniczeń wertykalnych, których stosowanie we franchisingu wymaga odrębnego uregulowania, są klauzule zakazu konkurencji. W tym kontekście

193 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, op. cit., s. 381.

pierwszym istotnym problemem na gruncie obecnie obowiązujących przepisów jest dopuszczalna długość takiego zakazu. Ze względu na ścisłą integrację działalności franchisingobiorcy z modelem biznesowym należącym do franchisingodawcy, a także jego wysoką zależność od wymagań nakładanych przez franchisingodawcę racjonalne wydaje się dopuszczenie stosowania zakazu konkurencji przez cały okres trwania umowy franchisingowej, nawet jeśli przekracza on 5 lat. Realizacja tego postulatu przez Komisję jest o tyle istotna, że ze względu na obecnie obowiązujące regulacje wielu franchisingodawców zobowiązuje franchisingobiorców do nabywania od nich przykładowo 79% zapotrzebowania, podczas gdy rozporządzenie VBER za zakaz konkurencji uznaje zobowiązanie do nabywania co najmniej 80% zapotrzebowania. Takie działanie pozwala uniknąć ograniczenia w postaci maksymalnego okresu trwania zakazu konkurencji, przy jednoczesnym osiągnięciu efektu całkowitego zakazu konkurencji, gdyż, co do zasady, franchisingobiorcom ze względów logistycznych nie będzie oplatcać się zakup pozostałych 21% zapotrzebowania u innego dostawcy. W ramach konsultacji publicznych część respondentów podnosiła również, że długość zakazu konkurencji po zakończeniu relacji między stronami jest zbyt krótka i powinna wynosić 2 lata¹⁹⁴.

Niedopuszczalnym ograniczeniem wertykalnym w umowach franchisingowych, podobnie jak w innych modelach dystrybucji, jest również stosowanie sztywnych cen odsprzedaży. Komisja powinna jednak rozważyć chociaż częściowe dopuszczenie ich stosowania w ramach systemów franchisingowych. W systemach tych bowiem to od franchisingodawcy zależy wiele szczegółów działalności dystrybutora i w celu utrzymania jednolitości i integralności sieci, a także w celu umożliwienia prowadzenia jednolitych kampanii marketingowych, powinien mieć on możliwość ustalenia sztywnych cen odsprzedaży niektórych lub wszystkich produktów dystrybuowanych w tym modelu. Dopuszczenie takiego wyjątku od generalnego zakazu ustalania cen odsprzedaży pozwoliłoby również na wzrost znaczenia konkurencji pozacenowej pomiędzy franchisingobiorcami.

Mając na uwadze powyższe, należy spodziewać się, że w nowym rozporządzeniu franchising zostanie wyodrębniony jako samodzielny model dystrybucji, w ramach którego dopuszczalne jest bardziej liberalne podejście do niektórych ograniczeń wertykalnych. Nowe rozporządzenie będzie również najprawdopodobniej zawierać szczegółową definicję franchisingu, a także dość szeroką definicję know-how, które jest z nim ściśle powiązane. W ramach stosowania ograniczeń wertykalnych we franchisingu można się przede wszystkim spodziewać wprowadzenia przez Komisję odstępstwa w zakresie maksymalnej długości trwania zakazu konkurencji, pozwalającego na ustanowienie go na cały okres trwania umowy franchisingowej. Działanie takie nie powinno spowodować żadnych negatywnych skutków dla konkurencji, biorąc pod uwagę wysoką zależność franchisingobiorców od modelu biznesowego franchisingodawcy, który zasługuje na specjalną ochronę w tym zakresie, a dodatkowo zlikwidowałoby ono konieczność obchodzenia obowiązujących regulacji poprzez ustanawianie zobowiązania do pokrywania zaopatrzenia przez franchisingobiorcę na poziomie nieznacznie niższym niż 80%. Niewielkie jest natomiast prawdopodobieństwo wydłużenia przez Komisję dopuszczalnego okresu trwania zakazu konkurencji po zakończeniu relacji handlowej pomiędzy stronami.

194 Raport VBER, *op.cit.*, ss. 223-226.

Natomiast w zakresie ustalania sztywnych cen odsprzedaży, jakkolwiek zasadne wydaje się postulowane dozwole nie takiego działania w modelu franchisingowym, co pozwoliłoby na zwiększenie konkurencji pozacenowej, przyjęcie tego postulatu przez Komisję wydaje się mało prawdopodobne. W niektórych przypadkach mogłoby bowiem doprowadzić do stałego wzrostu cen dla konsumentów, przy jednoczesnym braku wymiernej korzyści w postaci rozwoju usług okołosprzedażowych. Za zdecydowanie bardziej prawdopodobne należy uznać, że Komisja zdecyduje się na wydłużenie okresu, przez który w trakcie czasowych promocji w ramach systemu franchisingowego dopuszczalne jest ustalanie cen odsprzedaży, jednak bez dozwolania na ich nieograniczone stosowanie. Komisja powinna ponadto w ramach nowych wytycznych wyjaśnić swoje podejście do kwestii zbiegu różnych modeli dystrybucji, w szczególności franchisingu i dystrybucji wyłącznej, a zarazem do kwestii ograniczeń terytorialnych nakładanych na franchisingodawcę.

Rozdział IV

Dystrybucja wyłączna

1. Pojęcie dystrybucji wyłącznej i geneza regulacji

Dystrybucja wyłączna stanowi jeden z głównych przedmiotów zainteresowania unijnego prawa konkurencji już od jego początków w latach 60. ubiegłego wieku. Istota tego modelu dystrybucji zakłada wybór jednego podmiotu, który ma prowadzić działalność z oznaczonego terytorium lub utrzymywać relacje z oznaczonymi kontrahentami (grupami kontrahentów).

Po wejściu w życie 13 marca 1962 r. rozporządzenia nr 17, dopuszczającego przyznanie wyłączeń indywidualnych niektórym porozumieniom, porozumienia dotyczące dystrybucji wyłącznej stanowiły aż 3/4 wszystkich zgłoszonych Komisji porozumień¹⁹⁵. W związku z tak licznymi zgłoszeniami dotyczącymi dystrybucji wyłącznej natychmiast po przyjęciu rozporządzenia 19/65/EWG umożliwiającego dokonywanie wyłączeń grupowych dla określonych kategorii porozumień rozpoczęto pracę nad przygotowaniem wyłączenia grupowego obejmującego systemy dystrybucji wyłącznej. Za podstawę późniejszych regulacji dotyczących dystrybucji wyłącznej można uznać wyroki TSUE w sprawach *Consten & Grundig* oraz *Société Technique Minière*. W pierwszym z nich Trybunał wskazał na niedopuszczalność ograniczania równoległego importu towarów objętych systemem dystrybucji wyłącznej, co prowadziło do przyznania dystrybutorowi absolutnej ochrony terytorialnej, polegającej na tym, że żaden inny podmiot poza wyznaczonym dystrybutorem nie mógł prowadzić sprzedaży na określonym obszarze, co w konsekwencji wyłączało jakąkolwiek konkurencję cenową. W drugim z tych wyroków Trybunał wskazał, że systemy dystrybucji wyłącznej niekoniecznie naruszają zakaz wynikający z art. 101 TFUE, jeśli nie zawierają one dodatkowych postanowień dotyczących ochrony terytorialnej, zakazu eksportu czy zakazu importu. W orzeczeniu tym Trybunał uznał, że dopuszczalność systemów dystrybucji wyłącznej musi być każdorazowo oceniana przy uwzględnieniu charakteru produktu, pozycji stron na rynku, innych umów dystrybucyjnych obowiązujących na danym terenie, możliwości importu towarów nimi objętych oraz przede wszystkim stopnia ochrony terytorialnej przyznanego dystrybutorowi.

Efektom prac prowadzonych przez Komisję, wkrótce po wejściu w życie rozporządzenia nr 17 oraz powyższych orzeczeń, było przyjęte 22 marca 1967 r. *Rozporządzenie 67/67/EWG w sprawie stosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień o wyłączności handlowej*. W motywach tego aktu Komisja wskazała, że „systemy dystrybucji wyłącznej prowadzą co do zasady do poprawy warunków dystrybucji, ponieważ dostawca może skonsolidować swoją działalność dystrybucyjną, nie musi utrzymywać relacji handlowych z licznymi dystrybutorami,

195 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 169.

a utrzymywanie takiej relacji tylko z jednym dystrybutorem na danym terytorium pozwala wyeliminować trudności wynikające z różnic językowych, prawnych itd. Ponadto systemy dystrybucji wyłącznej ułatwiają promocję produktów nimi objętymi i pozwalają na prowadzenie bardziej intensywnego ich marketingu i zapewniają ciągłość dostaw przy jednoczesnej ich optymalizacji”. Komisja zauważyła również, że wyznaczenie wyłącznego dystrybutora jest często jedynym sposobem, w jaki niektórzy mniejsi dostawcy mogą podjąć skuteczną konkurencję z innymi przedsiębiorstwami, a ponadto z takiego systemu dystrybucji korzyści czerpią też konsumenci, gdyż mogą z łatwością zakupić towary lub usługi produkowane w innych państwach.

Postanowienia rozporządzenia 67/67/EWG dopuszczają systemy dystrybucji wyłącznej spełniające 8 kryteriów:

1. kształtowały relację pomiędzy jednym dostawcą i jednym dystrybutorem;
2. dostawca zobowiązywał się dostarczać towary lub usługi w celu ich odsprzedaży na danym terytorium jedynie wybranemu (jednemu) dystrybutorowi;
3. dystrybutor zobowiązywał się dokonywać zakupu towarów lub usług objętych systemem wyłącznie od dostawcy oraz nie sprzedawać konkurencyjnych produktów w czasie trwania wyłączności i nie dłużej niż rok po jej zakończeniu;
4. dostawca nie nakładał na dystrybutora ograniczeń związanych z cenami lub klientami, na rzecz których produkty mogą być odsprzedawane, ale mógł zobowiązać go do zakupu pełnej gamy produktów dostawcy, minimalnych ilości zakupów, odsprzedaży ich pod marką dostawcy, podejmowania konkretnych działań promocyjnych, posiadania adekwatnego zapasu produktów dostawcy, świadczenia usług gwarancyjnych oraz odpowiedniego wyszkolenia pracowników;
5. dostawca nie był ograniczony w zakresie świadczenia dostaw na rzecz podmiotów spoza terytorium przeznaczonym dostawcy, nawet jeśli wiedział, że będą one używane lub odsprzedawane na tym terytorium;
6. dystrybutor mógł prowadzić pasywną sprzedaż produktów objętych systemem, poza wyznaczonym terytorium;
7. dostawca i dystrybutor nie byli konkurentami przyznającymi sobie wzajemne uprawnienia dystrybucyjne;
8. dostawca i dystrybutor nie mogli wykorzystywać praw własności przemysłowej w celu utrudnienia innym podmiotom zaopatrywania się w towary objęte systemem dystrybucji wyłącznej, poza nim.

Powyższe kryteria podlegały ewolucji interpretacyjnej dokonywanej przez Komisję i Trybunał przez cały okres obowiązywania rozporządzenia 67/67/EWG. Przykładowo, do 1976 roku Komisja zajmowała stanowisko, że systemy dystrybucji wyłącznej ustanowione na obszarze jednego państwa członkowskiego przez podmioty pochodzące z tego państwa nie są objęte zakazem wynikającym z art. 101 TFUE ze względu na brak wpływu na handel między państwami członkowskimi. Podejście to zostało podważone przez Trybunał w wyroku w sprawie *SA Fonderies Roubaix Wat-*

*trelas*¹⁹⁶, gdzie podniesione zostało, iż tego rodzaju porozumienia w wyjątkowych przypadkach mogą znacząco wpływać na handel między państwami członkowskimi, a w takim przypadku powinny zostać objęte zakresem stosowania art. 101 TFUE.

Problemem interpretacyjnym, który miał istotne znaczenie w praktyce stosowania rozporządzenia 67/67/EWG, była również kwestia dopuszczalności zawierania umów o wyłączność zakupów niepowiązanych z wyłączną dystrybucją. Istota takich umów polegała na zobowiązaniu dystrybutora do zaopatrywania się w określone towary lub usługi wyłącznie u danego dostawcy, bez określania obszaru, którego takie zobowiązanie dotyczy, oraz przy zachowaniu pełnej konkurencji dystrybutora z innymi podmiotami, z którymi dostawca mógł zawrzeć analogiczne umowy. Korzyściami dla dystrybutora płynącymi z takiej umowy były: uzyskiwanie specjalnych cen, preferencji w zakresie dostaw w przypadku wystąpienia braków, a także często pomoc techniczna i finansowa w postaci pożyczek na preferencyjnych warunkach¹⁹⁷. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału w sprawie *Brasserie de Haecht*¹⁹⁸, wydanym jeszcze przed wejściem w życie rozporządzenia 67/67/EWG, tego rodzaju porozumienia musiały być rozpatrywane z uwzględnieniem zewnętrznych okoliczności, takich jak udziały rynkowe jego stron oraz warunki odsprzedaży produktów nałożone na dystrybutora. Okolicznością istotną dla ich oceny były również bariery wejścia na rynek innych dostawców, które - jeśli ocenione zostały jako niskie - świadczyły za uznaniem danego porozumienia o wyłączności zakupów za dopuszczalne na gruncie art. 101 TFUE. Dopuszczalność stosowania rozporządzenia 67/67/EWG do umów o wyłączne zakupy została natomiast potwierdzona przez Trybunał w wyroku w sprawie *Concordia*¹⁹⁹, w którym Trybunał uznał brak konieczności wyznaczania w porozumieniach o wyłączności zakupów terytorium, na którym towary lub usługi objęte porozumieniem będą odsprzedawane, co było wymagane według literalnej wykładni ww. rozporządzenia.

Problemy interpretacyjne dotyczące oceny antymonopolowej porozumień o wyłączność zakupów zostały wyeliminowane w 1983 roku, kiedy rozporządzenie 67/67/EWG zostało zastąpione rozporządzeniem 1983/83 regulującym kwestie wyłączenia grupowego dla porozumień dotyczących systemów wyłącznej dystrybucji. W tym samym roku opublikowane zostało rozporządzenie 1984/83 dotyczące wyłączenia grupowego dla porozumień o wyłączności zakupu. Pierwsze z nich opierało się na dotychczasowej regulacji dotyczącej wyłącznej dystrybucji i nie powodowało radykalnej zmiany w podejściu do tego systemu. Drugie z rozporządzeń dotyczyło natomiast zarówno wyłączności zakupów, jak i kwestii zakazu konkurencji ze strony dystrybutora względem dostawcy. Istotną zmianą wprowadzoną przez rozporządzenie 1984/83 było ustalenie 5-letniego okresu obowiązywania takich porozumień. Ponadto Komisja w przywołanych rozporządzeniach wprowadziła specjalne regulacje dotyczące dystrybucji piwa i paliwa, które wymagane były ze względu na znaczną liczbę umów o wyłączność zakupów, mogących kumulatywnie wywierać negatywny wpływ na konkurencję. Dodatkowo, ze względu na liczne wnioski ze strony organi-

196 Wyrok TSUE z dnia 3 lutego 1976 r. w sprawie 63/75 SA Fonderies Roubaix Wattrelos przeciwko Société nouvelle des Fonderies A. Roux i Société des Fonderies JOT, ECLI:EU:C:1976:15, pkt 19.

197 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 170.

198 Wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 1967 r. w sprawie 23/67 SA Brasserie de Haecht przeciwko Consorts Wilkin-Janssen, ECLI:EU:C:1967:54.

199 Wyrok TSUE z dnia 1 lutego 1977 r. w sprawie 47/76 Époux de Norre przeciwko N.V. Brouwerij Concordia, ECLI:EU:C:1977:11.

zacji branżowych, Komisja po raz pierwszy zdecydowała się opracować wytyczne dotyczące interpretacji poszczególnych przepisów obu rozporządzeń²⁰⁰, co zdecydowanie ułatwiło uczestnikom rynku ich praktyczne stosowanie²⁰¹. Jednym z głównych wyzwań w okresie stosowania rozporządzeń była ich znikoma elastyczność. Znalazło to potwierdzenie w orzeczeniu w sprawie *Delimitis*²⁰², w którym Trybunał uznał, że jakiegokolwiek odstępianie od modeli przewidzianych w rozporządzeniach, chociażby o charakterze marginalnym lub technicznym, wyklucza zastosowanie wyłączenia grupowego do takiego porozumienia. Taka sytuacja doprowadziła do rozpoczęcia prac nad bardziej ekonomicznym podejściem do porozumień wertykalnych, którego wyrazem była Zielona Księga w sprawie ograniczeń wertykalnych w polityce konkurencji Wspólnoty Europejskiej wydana w 1996 r.

Zmiana podejścia Komisji na bardziej ekonomiczne, m.in. w kwestii porozumień wyłącznych, skutkowało wydaniem rozporządzenia 2790/1999. W zakresie wyłącznej dystrybucji oraz wyłączności zakupów rozporządzenie 2790/1999 stanowiło swoistą rewolucję, bowiem odchodziło od dotychczasowych ściśle określonych dopuszczalnych modeli na rzecz ogólnego wyłączenia takich porozumień spod zakazu zawartego w art. 101 TFUE. Na gruncie rozporządzenia 2790/1999 model dystrybucji wyłącznej został, co do zasady, uznany za nienaruszający art. 101 TFUE i dopiero wprowadzenie do tego modelu dystrybucji zakazów dotyczących sprzedaży na określonym terytorium lub do określonej grupy klientów (a nie samo ustanowienie wyłącznego dystrybutora) powodowało niezgodność porozumienia o wyłączności z prawem konkurencji.

Generalnie zakaz zawierania takich klauzul w umowach dystrybucji wyłącznej dotyczył „ograniczania terytorium lub klientów, na które bądź którym kupujący może sprzedawać towary lub usługi kontraktowe²⁰³. Rozporządzenie 2790/1999 dopuszczało jednak ograniczenie aktywnej sprzedaży do wyłącznego terytorium lub wyłącznej grupy klientów zarezerwowanej dla dostawcy lub przydzielonej przez dostawcę innemu kupującemu, gdy takie zastrzeżenie nie ogranicza sprzedaży klientom kupującego²⁰⁴. Innymi słowy, dystrybucja wyłączna była dopuszczalna tak długo, jak długo nie nakładała na innych dystrybutorów ograniczeń w zakresie pasywnej sprzedaży na terytoriach lub do klientów, którzy byli przypisani do innego - jednego - dystrybutora. Możliwość prowadzenia pasywnej sprzedaży przez innych dystrybutorów powodowała, że wyłączny dystrybutor nie mógł czerpać korzyści z całkowitej ochrony przed konkurencją ze strony podmiotów oferujących produkty lub usługi tego samego dostawcy. W okresie obowiązywania rozporządzenia 2790/1999 Komisja surowo podchodziła do jakichkolwiek ograniczeń wprowadzających absolutną ochronę terytorialną lub kliencką, czego przejawem była decyzja w sprawie *Nintendo*²⁰⁵. Dotyczyła ona ograniczeń, które Nintendo nałożyło na swo-

200 Komunikat Komisji z dnia 13 kwietnia 1984 r., *Zawiadomienie dotyczące rozporządzeń Komisji nr 1983/83 i nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii umów o wyłącznej dystrybucji i wyłącznym zakupie*, Dz.U.C 101 z 13.04.1984, ss. 2-10.

201 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 173.

202 Wyrok TSUE z dnia 28 lutego 1991 r., w sprawie C-234/89 Stergios Delimitis przeciwko Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91.

203 Art. 4 rozporządzenia 2790/1999.

204 Art. 4 lit. b rozporządzenia 2790/1999.

205 Decyzja Komisji nr 2003/675/EC z dnia 30 października 2002 r., w sprawach COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution and COMP/36.321 Omega - Nintendo, Dz.U.L 255 z 8.10.2003 r., ss. 33-100.

ich wyłącznych dystrybutorów. Ograniczenia te zabraniały dystrybutorom dokonywania sprzedaży dystrybuowanych produktów poza przyznane na wyłączność terytorium, nawet jeżeli sprzedaż ta miała charakter pasywny i zainicjowana została przez kupującego znajdującego się w innym państwie członkowskim. W ocenie Komisji działanie takie stanowiło poważne naruszenie prawa konkurencji polegające na zakazie równoległego eksportu do innych państw członkowskich, a tym samym znacząco wpływało na handel między państwami członkowskimi. W sprawie tej na zaangażowane w porozumienie przedsiębiorstwa Komisja nałożyła ponad 149 mln EUR kary, co było wówczas najwyższą nałożoną w ramach jednej decyzji karą.

Kwestia wyłączności zakupów na gruncie rozporządzenia 2790/1999 podlegała natomiast regulacji tożsamej co klauzule zakazu konkurencji, a zatem dopuszczalne było stosowanie takiej wyłączności, pod warunkiem że okres jej trwania nie został ustalony na czas nieokreślony lub na okres dłuższy niż 5 lat, z tym zastrzeżeniem, iż automatyczne odnawianie okresu obowiązywania wyłączności zakupu po upływie 5 lat uważane było za ustanowienie tego zakazu na czas nieokreślony²⁰⁶. Co ważne, powyższe ograniczenie dotyczyło nie tylko wyłączności zakupów rozumianej jako zaspokajanie całego zapotrzebowania na dany towar lub usługę u jednego dostawcy, a również zobowiązanie do nabywania znacznej większości danych towarów, czyli 80% lub więcej całkowitego zapotrzebowania²⁰⁷. Zgodnie z brzmieniem wytycznych 2790/1999 „wielkość miarodajną dla dokonywania ww. kalkulacji stanowi wartość zakupów (kupującego) w poprzednim roku kalendarzowym”²⁰⁸.

Warunki dopuszczalności stosowania systemów dystrybucji wyłącznej oraz wyłączności zakupów zawarte w rozporządzeniu 2790/1999 obowiązywały bez większych kontrowersji do czasu utraty ważności przez to rozporządzenie i zastąpienia go rozporządzeniem VBER.

2. Regulacja w rozporządzeniu VBER

W stosunku do systemów dystrybucji wyłącznej rozporządzenie VBER było właściwie powtórzeniem dotychczasowych regulacji, z zastrzeżeniem wprowadzenia dodatkowej przesłanki zastosowania tego rozporządzenia do systemu dystrybucji wyłącznej dotyczącej udziału rynkowego nabywcy nieprzekraczającego 30%. Na gruncie rozporządzenia VBER relewantną klauzulą niedozwoloną w odniesieniu do dystrybucji wyłącznej jest „ograniczenie terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca - bez uszczerbku dla ograniczenia dotyczącego jego miejsca prowadzenia działalności - może sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem”²⁰⁹, od której ustanowiony został jednak wyjątek, pozwalający na stosowanie „ograniczenia aktywnej sprzedaży skierowanej do określonego obszaru lub określonej grupy klientów zastrzeżonych na wyłączność dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy, jeżeli ograniczenie to nie utrudnia klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem”²¹⁰. W celu zastosowania przy-

206 Art. 5 lit. a rozporządzenia 2790/1999.

207 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX, 2008.

208 Pkt 58 wytycznych 2790/1999.

209 Art. 4 lit. b rozporządzenia VBER.

210 Art. 4 lit. b pkt (i) rozporządzenia VBER.

toczonego powyżej wyjątku i co za tym idzie - legalnego wprowadzenia ochrony dystrybutorów przed aktywną działalnością innych dystrybutorów konieczne jest łączne spełnienie trzech przesłanek, takich jak: (i) warunek wyłączności, (ii) warunek równoległego ograniczenia sprzedaży aktywnej, (iii) warunek nieograniczania sprzedaży przez klientów nabywcy.

Pierwszy z tych warunków oznacza, że ograniczenie aktywnej sprzedaży przez wyłącznych dystrybutorów może odnosić się wyłącznie do obszarów przydzielonych na wyłączność innym dystrybutorom lub zastrzeżonych dla samego dostawcy²¹¹. Przydzielenie obszaru na wyłączność następuje poprzez zobowiązanie dostawcy do sprzedaży swoich produktów wyłącznie temu dystrybutorowi na danym terytorium²¹². Co istotne, wielkość obszaru, na którym ustanowiony jest wyłączny dystrybutor, nie jest w żadnym stopniu narzucona przez rozporządzenie VBER ani wytyczne VBER, zatem obejmować może nawet obszar jednej ulicy²¹³.

Drugim warunkiem jest konieczność równoległego ograniczenia sprzedaży aktywnej, niewynikająca bezpośrednio z rozporządzenia VBER, a sformułowana w wytycznych VBER²¹⁴. Równoległe ograniczenie sprzedaży aktywnej oznacza, iż ograniczenie to zastosowane musi być wobec wszystkich dystrybutorów, a nie tylko wybranych. Uzasadnieniem dla takiego warunku jest fakt, że w przypadku chęci zapewnienia danemu dystrybutorowi większej ochrony związanej z wyłącznością na przyznanym terytorium konieczne jest ograniczenie aktywnej sprzedaży przez wszystkich pozostałych dystrybutorów działających na obszarze EOG, a nie wyłącznie niektórych²¹⁵, co mogłoby prowadzić do ochrony jedynie przed konkurencją ze strony silnych dystrybutorów²¹⁶. Należy jednocześnie zauważyć że, konieczność równoległego ograniczenia sprzedaży aktywnej nie odnosi się do działalności prowadzonej przez samego dostawcę²¹⁷, a także do obszarów, które dostawca zastrzegł dla siebie²¹⁸. Z drugiej strony organicznie to obejmuje nie tylko dystrybutorów wyłącznych danego dostawcy, ale również tych działających w każdej innej formie dystrybucji²¹⁹.

Trzeci warunek uniemożliwia dostawcy rozciągnięcie ograniczeń nakładanych na własnych dystrybutorów na ich klientów²²⁰. Oznacza to, że niedopuszczalne jest nakazanie dystrybutorom zagwarantowania, iż ich klienci nie będą prowadzić aktywnej odsprzedaży produktów na terytorium wyłącznym, na którym sam dystrybutor nie może prowadzić aktywnej sprzedaży.

Reasumując, w świetle rozporządzenia VBER za niedozwoloną klauzulę zostanie uznane ograniczenie aktywnej sprzedaży, które dotyczy obszaru nieprzydzielonego dystrybutorowi ani zastrzeżonego dla dostawcy lub przydzielonego dystrybutorowi niewyłącznemu, a także w przypadku niezastosowania równoległego ograniczenia wobec pozostałych dystrybutorów. Warto zaznaczyć, że system dystrybucji wyłącz-

211 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 288.

212 Pkt 51 wytycznych VBER.

213 A. Gurin, L. Peepkorn, *op.cit.*, s. 1398.

214 Pkt 51 wytycznych VBER.

215 A. Gurin, L. Peepkorn, *op.cit.*, s. 1397.

216 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 289.

217 A. Gurin, L. Peepkorn, *op.cit.*, s. 1397.

218 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 290.

219 *Ibidem*.

220 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 294.

nej może zostać ustanowiony nie tylko poprzez przydział dystrybutorowi określonego terytorium, ale także określonych grup klientów. Do takiego modelu dystrybucji wyłącznej zastosowanie mają *per analogiam* wszystkie zasady dotyczące dystrybucji wyłącznej na określonym obszarze.

Swoistym *novum*, zawartym nie w samym rozporządzeniu VBER a w wytycznych VBER²²¹ jest odniesienie się do sprzedaży prowadzonej przez dystrybutorów w kanale online. Komisja uznała za konieczne wskazanie granicy pomiędzy dystrybucją aktywną prowadzoną w Internecie, której prowadzenia poza wyłącznym terytorium można dystrybutorowi zakazać, a dystrybucją pasywną prowadzoną przy wykorzystaniu Internetu, której zakazanie będzie stanowić niedozwoloną praktykę. W wytycznych VBER zawarte zostały zatem cztery następujące przykłady praktyk, które w ocenie Komisji stanowić będą ograniczenie sprzedaży pasywnej, a co za tym idzie - są niedopuszczalne:

1. „uzgodnienie, że (wyłączny) dystrybutor uniemożliwi klientom znajdującym się na innym (wyłącznym) terytorium przeglądanie jego strony internetowej lub że będzie automatycznie przekierowywał swoich klientów na stronę internetową producenta lub innych (wyłącznych) dystrybutorów;
2. uzgodnienie, że (wyłączny) dystrybutor zakończy transakcje internetowe klientów w momencie, kiedy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się poza (wyłącznym) terytorium dystrybutora;
3. uzgodnienie, że dystrybutor ograniczy swoją część łącznej sprzedaży dokonywanej przez Internet;
4. uzgodnienie, że dystrybutor płaci wyższą cenę za produkty przeznaczone do odsprzedaży przez dystrybutora w Internecie niż za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza Internetem”.

Komisja wskazała również, że zgodne z wymogami stawianymi przez rozporządzenie VBER będzie ograniczenie działalności dystrybutora w Internecie w zakresie aktywnej sprzedaży. Dozwolone będzie zatem nałożenie na dystrybutora zakazu stosowania reklam skierowanych do określonych klientów, opłacania pozycjonowania w wyszukiwarce internetowej na danym terytorium, ale także prowadzenia działalności wyłącznie poprzez kanał *online*. Dostawca może również narzucić warunki jakościowe dotyczące dystrybucji przez Internet (jeśli są równoważne warunkom stosowanym w dystrybucji stacjonarnej) oraz wymagać, aby określona część produktów była sprzedawana stacjonarnie²²².

Postępujący w okresie obowiązywania rozporządzenia VBER spadek zainteresowania dystrybucją wyłączną głównie na rzecz dystrybucji selektywnej spowodował nieliczne decyzje Komisji oraz orzeczenia Trybunału dotyczące tego modelu dystrybucji. Można jednocześnie uznać, że najważniejszą decyzją Komisji dotyczącą systemu dystrybucji wyłącznej, wydaną w czasie obowiązywania rozporządzenia VBER, jest decyzja w sprawie *Nike*²²³. Przedsiębiorstwo to, działając jako licencjodawca

221 Pkt. 51-56 wytycznych VBER.

222 Pkt 56 wytycznych VBER.

223 Decyzja Komisji z dnia 25 marca 2019 roku w sprawie AT. 40436 - Ancillary Sports Merchandise, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40436/40436_949_5.pdf [dostęp: 30.05.2021 r.].

dla niektórych klubów i federacji piłkarskich, ograniczało pasywną transgraniczną sprzedaż produktów licencjonowanych, między innymi poprzez nałożenie zakazu prowadzenia takiej sprzedaży, obowiązku przekazywania zamówień na sprzedaż poza przypisanym obszarem do Nike, konieczność zwrotu przychodów uzyskiwanych w wyniku sprzedaży poza obszarem oraz klauzule nakładające podwójne opłaty licencyjne w przypadku sprzedaży poza przypisanym obszarem. Nike groziła również licencjobiorcom rozwiązaniem umowy w przypadku niestosowania się do narzuconych na nich ograniczeń, a także nakłaniała ich do wyegzekwowania analogicznych ograniczeń od podlicencjobiorców. Za stosowanie ww. praktyk Nike ukarana została karą w wysokości 12,5 mln EUR, która byłaby zdecydowanie wyższa, gdyby nie współpraca przedsiębiorstwa z Komisją na etapie postępowania, co doprowadziło do zmniejszenia kary o 40%.

3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję

Problematyka dystrybucji wyłącznej w kontekście nowego rozporządzenia wydaje się mniej znacząca aniżeli podczas prac nad rozporządzeniem VBER. Znaczny spadek popularności tego modelu dystrybucji wiąże się z odpowiednio mniejszą liczbą aspektów wymagających usprawnienia lub zmiany w nowym rozporządzeniu. Podstawowym problemem, który wydaje się również uzasadniać znaczny spadek popularności stosowania dystrybucji wyłącznej, jest możliwość ustanowienia wyłącznie jednego dystrybutora na danym terytorium. Takie ograniczenie, jakkolwiek istniejące od początku wprowadzenia regulacji dotyczących dystrybucji wyłącznej, wydaje się jednak nieuzasadnione i zbyt mało elastyczne w dzisiejszych warunkach rynkowych. Jednocześnie dopuszczenie ustanowienia dwóch lub trzech dystrybutorów wyłącznych na danym terytorium nie powodowałoby wzrostu antykonkurencyjnych skutków tego systemu dystrybucji, mogłoby natomiast doprowadzić do efektów prokonkurencyjnych w postaci przykładowo spadku cen wywołanego przez zaistnienie konkurencji pomiędzy dystrybutorami.

Kolejnym aspektem, który wydaje się wymagać uelastycznienia w nowym rozporządzeniu, jest kwestia zakazu prowadzenia aktywnej sprzedaży poza terytorium przyznanym dystrybutorowi na wyłączność. Zgodnie z obecną regulacją dystrybutor wyłączny uprawniony jest do prowadzenia aktywnej sprzedaży na terytoriach, które nie zostały objęte systemem dystrybucji wyłącznej lub nie zostały zarezerwowane do prowadzenia sprzedaży przez samego dostawcę. W związku z częstym równoległym stosowaniem różnych modeli dystrybucji, w szczególności dystrybucji wyłącznej i selektywnej, takie ograniczenie zakazu jest nieefektywne, gdyż prowadzi do umożliwienia dystrybutorom wyłącznym prowadzenia aktywnej sprzedaży na terytoriach objętych dystrybucją selektywną. Należałoby zatem postulować wprowadzenie przez Komisję regulacji przewidujących istnienie takiej dwukanałowej dystrybucji i regulujących zależności między nimi. Najbardziej efektywnym rozwiązaniem wydaje się umożliwienie nałożenia na dystrybutora wyłącznego zakazu prowadzenia aktywnej sprzedaży nie tylko na innych terytoriach wyłącznych, ale również na obszarach objętych systemami dystrybucji selektywnej. Taka zmiana nie powinna doprowadzić do pogorszenia sytuacji konsumentów, a jednocześnie poprawiłaby efektywność systemów dystrybucji selektywnej i możliwe, że odwróciłaby trend odchodzenia od systemów dystrybucji wyłącznej.

W praktyce stosowania modelu dystrybucji wyłącznej niejasne pozostaje również, jakie ograniczenia dopuszczalne są w przypadku, w którym na jednym terytorium na poziomie rynku hurtowego stosowana jest dystrybucja wyłączna, natomiast na poziomie rynku detalicznego funkcjonuje dystrybucja selektywna. Szczególnie newralgicznym aspektem tej sytuacji jest możliwość nałożenia na wyłącznych dystrybutorów działających na poziomie hurtowym zakazu odsprzedaży produktów objętych systemem do nieautoryzowanych dystrybutorów detalicznych. Za rozsądne należy uznać w takim przypadku dopuszczenie ograniczenia możliwości odsprzedaży produktów wyłącznie do dystrybutorów selektywnych, gdyż najprawdopodobniej spełniałoby to oczekiwania dostawcy w zakresie efektywności funkcjonowania systemów dystrybucji na tym terytorium. Zakaz taki ograniczałby jednak znacząco swobodę działalności dystrybutora wyłącznego, a w niektórych sytuacjach prowadziłby do praktycznej eliminacji możliwości działania dystrybutorów nieautoryzowanych, na przykład jeżeli terytorium wyłączne przyznane hurtownikowi obejmuje znaczny obszar, uniemożliwiający import towarów z terytorium nieobjętego takim systemem. Powyższa problematyka powinna zostać przez Komisję szczegółowo wyjaśniona w nowych wytycznych.

Można również postulować, aby w ramach nowych wytycznych Komisja wyjaśniła kwestię związaną z wielkością obszaru, który może zostać przypisany na wyłączność. W ramach konsultacji publicznych pojawiły się również postulaty ograniczenia tego terytorium, jednak nie należy spodziewać się, aby Komisja podjęła takie kroki przy braku podobnych głosów ze strony krajowych organów konkurencji lub własnej praktyki wskazującej na taką konieczność. Nowe wytyczne powinny natomiast odnosić się do niejasnej obecnie kwestii równoczesnego funkcjonowania systemów dystrybucji wyłącznej opartych o wyłączne terytorium oraz opartych o wyłączne grupy klientów. Z oczywistych względów takie systemy mogą pokrywać się w niektórych zakresach, a brak jest obecnie wskazówek ze strony Komisji, jakie ograniczenia można w takich sytuacjach nałożyć na dystrybutorów w celu zachowania efektywności systemu dystrybucji wyłącznej i niedoprowadzenia do konkurencji cenowej pomiędzy dystrybutorami.

Z zastrzeżeniem opisanych powyżej postulatów nie należy spodziewać się żadnych daleko idących zmian w regulacjach dotyczących dystrybucji wyłącznej. Niewielkie jest prawdopodobieństwo dopuszczenia przez Komisję możliwości ustanowienia więcej niż jednego dystrybutora wyłącznego na danym terytorium, gdyż mimo, jak się wydaje, braku antykonkurencyjnych skutków takiego działania, powodowałoby to problemy natury praktycznej, związane z rozróżnieniem systemów dystrybucji wyłącznej i dystrybucji selektywnej. Zasadne byłoby natomiast większe uszczegółowienie przepisów dotyczących zbiegu różnych modeli dystrybucji, a w szczególności umożliwienie zakazania dystrybutorowi wyłącznemu prowadzenia aktywnej sprzedaży na terytoriach objętych systemem dystrybucji selektywnej. O aspekt związany z funkcjonowaniem na jednym terytorium hurtowych dystrybutorów wyłącznych i detalicznych dystrybutorów selektywnych rozszerzone mogą zostać również nowe wytyczne. Brak kontrowersji związanych ze stosowaniem tego modelu dystrybucji w trakcie obowiązywania rozporządzenia VBER przemawia jednak za niewprowadzaniem dalej idących zmian w tym zakresie w nowym rozporządzeniu.

Rozdział V

Dystrybucja poprzez agenta

1. Pojęcie dystrybucji poprzez agenta i geneza regulacji

Dystrybucja towarów i usług odbywająca się na podstawie umowy agencyjnej stanowi jedną z najpopularniejszych metod dystrybucji, obok dystrybucji selektywnej, *franchisingu* i dystrybucji wyłącznej. Umowy agencyjne charakteryzują się jednak pewną odmiennością od pozostałych metod dystrybucji²²⁴, co w niektórych przypadkach powoduje, że nie wchodzą one w zakres zakazu ustanowionego w art. 101 TFUE, a tym samym nie muszą być objęte wyłączeniem grupowym spod tego zakazu dla uznania ich zgodności z prawem konkurencji. Po raz pierwszy ocena Komisji odnośnie do zastosowania zakazu zawartego w art. 101 TFUE do umów agencyjnych wyrażona została już w 1962 roku w Obwieszczeniu w sprawie umów na wyłączność z przedstawicielstwami handlowymi²²⁵. W dokumencie tym Komisja wskazała, że umowy agencyjne wyznaczające na wskazanym terytorium agenta, który negocjuje transakcje w imieniu innego przedsiębiorstwa i zawiera je w imieniu tego przedsiębiorstwa i na jego rzecz lub w imieniu własnym, ale na rzecz tego przedsiębiorstwa, nie są objęte zakazem wyrażonym w art. 101 TFUE. Jako decydujące czynniki przesądzające o kwalifikacji relacji pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami jako umowy agencyjnej niewchodzącej w zakres art. 101 TFUE Komisja wskazała integrację działalności agenta z działalnością przedsiębiorstwa, na rzecz którego on działa, a także brak jakiegokolwiek ryzyka finansowego agenta, wynikającego z zawartych transakcji.

Z zawartego w ww. obwieszczeniu stanowiska Komisji wynikało, że w przypadkach, w których agent ponosił ryzyko prowadzonej przez siebie działalności, powinien być on traktowany jako niezależne przedsiębiorstwo, a co za tym idzie - relacja pomiędzy nim a dającym zlecenie powinna być oceniana przez pryzmat art. 101 TFUE. Antymonopolowa ocena sytuacji, w której agent nie ponosił ryzyka dystrybucji części produktów innego przedsiębiorstwa (dającego zlecenie), ale ponosił je w związku z dystrybucją innych produktów tego samego podmiotu, została przez Komisję zawarta w decyzji w sprawie *ARG/Unipart*²²⁶. W decyzji tej Komisja potwierdziła, że w takim przypadku relacje, w których agent nie ponosi ryzyka dystrybucji towarów, nie są objęte zakresem art. 101 TFUE, ale w pozostałym zakresie, w którym ryzyko takie istnieje, zasady współpracy z dającym zlecenie muszą być analizowane z uwzględnieniem zakazu zawartego w tym artykule. Za umowę agencyjną pozostającą poza zakresem art. 101 TFUE, uznawana była również umowa,

224 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 385.

225 Obwieszczenie z dnia 24 grudnia 1962 r., w sprawie umów na wyłączność z przedstawicielstwami handlowymi, Dz.U. 139 z 1962 r., nr 139, ss. 2921-2922.

226 Decyzja Komisji nr 88/84/EEC z dnia 22 grudnia 1987 r. w sprawie IV/31.914 - ARG/Unipart, Dz.U.L 45 z 18.02.1988, ss. 34-41.

w której funkcję agenta pełniło przedsiębiorstwo na tyle duże i silne, że mogło wywierać realny wpływ na politykę dystrybucji dającego zlecenie²²⁷.

W wyroku w sprawie *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*²²⁸ wydanym w 1987 roku Trybunał wskazał na równie istotne znaczenie przesłanki integracji działalności agenta z działalnością przedsiębiorstwa, na którego rzecz on działa. Orzeczenie to wskazywało, że agent działający na rzecz wielu przedsiębiorstw powinien być uznawany za niezależne przedsiębiorstwo, w relacji z którym zastosowanie znajduje art. 101 TFUE, bowiem brak jest jakiegokolwiek integracji działalności agenta z działalnością tych przedsiębiorstw. Podobnie obie przesłanki podkreślone zostały w wyroku w sprawie *VAG Leasing*²²⁹, w którym Trybunał wskazał, iż „przedstawiciel traci status niezależnego handlowca tylko wówczas, gdy nie ponosi żadnego ryzyka związanego z umowami, które negocjuje na rzecz dającego zlecenie oraz działa jako organ pomocniczy, zintegrowany z przedsiębiorstwem zleceńodawcy”²³⁰.

Po wielu latach stosowania kryteriów ustanowionych w obwieszczeniu coraz częściej podnoszona była konieczność dokonania ich rewizji, w szczególności w zakresie kryterium integracji działalności agenta z działalnością prowadzoną przez przedsiębiorstwo, na rzecz którego on działa²³¹. Taka weryfikacja była jednak wielokrotnie przekładana przez Komisję, a nawet pominięta w Zielonej Księdze w sprawie ograniczeń wertykalnych. Koniec obowiązywania obwieszczenia z 1962 roku miał miejsce dopiero wraz z przyjęciem rozporządzenia 2790/1999 i wytycznych 2790/1999. Jakkolwiek rozporządzenie nie zawierało żadnych postanowień dotyczących umów agencyjnych, wytyczne w wyczerpujący sposób wskazywały na sposób postrzegania takich umów przez Komisję. Co ważne, wytyczne należało interpretować w powiązaniu z dyrektywą o agentach handlowych²³², która zawierała definicję agenta.

Wytyczne 2790/1999 wprowadzały klasyfikację umów agencyjnych na typowe umowy agencyjne, w przypadku których obowiązki nałożone na agenta w odniesieniu do negocjowanych i zawieranych przez niego umów pozostawały poza zakresem zastosowania art. 101 TFUE oraz nietypowe umowy agencyjne, które mogły mieścić się w zakresie stosowania art. 101 TFUE i do których zastosowanie mogło znaleźć wyłączenie grupowe przewidziane w rozporządzeniu 2790/1999. Komisja wskazywała, że czynnikiem decydującym, czy dana umowa agencyjna wchodzi w zakres art. 101 TFUE, było ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta. Wprost wskazywała jednak, że wbrew dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału bez znaczenia pozostaje, czy agent działa na rzecz jednego, czy kilku przedsiębiorstw²³³.

227 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 166.

228 Wyrok TSUE z dnia 1 października 1987 r., w sprawie 311/85 ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus przeciwko ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, ECLI:EU:C:1987:418.

229 Wyrok TSUE z dnia 24 października 1995 r., w sprawie C-266/93 Bundeskartellamt przeciwko Volkswagen AG i VAG Leasing GmbH, ECLI:EU:C:1995:345.

230 Pkt 19 wyroku w sprawie VAG Leasing.

231 D.G. Goyder, *op.cit.*, s. 167.

232 Dyrektywa Rady z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek, Dz.U.L 382 z 31.12.1986 r., ss. 17-21.

233 Pkt 13 wytycznych 2790/1999.

Komisja w ww. wytycznych wskazała również na istnienie dwóch rodzajów ryzyka finansowego, które może ponieść agent. Pierwszym z nich było ryzyko bezpośrednio związane z negocjowanymi lub zawartymi umowami, którego przykład stanowiło finansowanie zapasów. Drugim rodzajem ryzyka było ryzyko dotyczące specyficznych inwestycji rynkowych, koniecznych do negocjowania lub zawarcia umowy na rzecz innego przedsiębiorstwa²³⁴. W ocenie Komisji dla uznania, że umowa agencyjna pozostaje poza zakresem stosowania art. 101 TFUE, konieczne było, aby agent nie ponosił żadnego z tego typu ryzyk lub ponosił je tylko w nieznacznym stopniu. Taka kwalifikacja umowy agencyjnej pozwalała uznać agenta za część przedsiębiorstwa, na rzecz którego on działa. W przeciwnym wypadku agent traktowany był jako odrębne przedsiębiorstwo, które musiało mieć swobodę w zakresie określania strategii marketingowej w celu odzyskania poczynionych inwestycji. Co ważne, zgodnie z wytycznymi 2790/1999 ryzyko polegające na uzależnieniu dochodu agenta od jego sukcesów lub dokonywanie dodatkowych inwestycji w lokal lub personel agenta przez przedsiębiorstwo, na rzecz którego on działa, pozostawało bez istotnego znaczenia dla oceny umowy agencyjnej²³⁵.

Zgodnie z wytycznymi 2790/1999 ryzyko wynikające z umów agencyjnych należało oceniać indywidualnie w każdym przypadku, jednak czynnikiem z dużym prawdopodobieństwem prowadzącym do braku kwalifikacji danej umowy, jako wchodzącej w zakres art. 101 TFUE, był brak przyznania agentowi prawa własności do zakupionych lub sprzedanych towarów oraz gdy agent:

1. „nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą/zakupem towarów lub usług objętych umową, w tym w kosztach transportu towarów; nie umożliwia to agentowi zapewnienia usług transportowych, pod warunkiem że dający zlecenie te koszty pokrywa;
2. nie jest bezpośrednio lub pośrednio obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu, na przykład w formie uczestnictwa w budżecie na reklamę dającego zlecenie;
3. nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów towarów objętych umową, z uwzględnieniem kosztów finansowania zapasów oraz kosztów ubytku zapasów, i może zwrócić dającemu zlecenie niesprzedane towary bez opłaty, o ile nie ponosi winy (na przykład za nieprzestrzeganie stosownych środków bezpieczeństwa w celu uniknięcia ubytku zapasów);
4. nie tworzy i/lub nie zajmuje się serwisem posprzedażnym, naprawami lub usługami gwarancyjnymi, o ile nie są one w pełni pokrywane przez dającego zlecenie;
5. nie czyni związanych z konkretnym rynkiem inwestycji w wyposażenie, lokale lub szkolenie personelu, takich jak np. zbiornik zasobnikowy na benzynę w przypadku sprzedaży detalicznej benzyny lub określone oprogramowanie do sprzedaży polis ubezpieczeniowych w przypadku agentów ubezpieczeniowych;
6. nie ponosi odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt (odpowiedzialność za jakość produktu), o ile - jako agent - nie ponosi winy w tym względzie;

234 *Ibidem*, pkt 14.

235 *Ibidem*, pkt 15.

7. nie bierze na siebie odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji, o ile nie ponosi winy (na przykład z powodu nieprzestrzegania stosownych środków bezpieczeństwa lub antywłamaniowych albo niedokonania stosownych działań związanych ze zgłoszeniem kradzieży dającym zlecenie lub policji, bądź też nieprzekazania dającym zlecenie wszystkich niezbędnych dostępnych mu informacji dotyczących wiarygodności finansowej klienta)²³⁶.

Powyższa lista zawarta w wytycznych 2790/1999 nie stanowiła zamkniętego katalogu ryzyk, których nie może ponosić agent, jednak gdy ponosił którekolwiek z nich, z dużym prawdopodobieństwem umowa agencyjna znajdowała się w zakresie stosowania art. 101 TFUE. W przypadku typowych umów agencyjnych, niemieszczących się w tym zakresie, wszystkie obowiązki nałożone na agenta w związku z wykonywaną przez niego działalnością agencyjną nie były objęte zakazem wynikającym z art. 101 TFUE. Komisja jako typowe ograniczenia stanowiące nieodłączną część typowej umowy agencyjnej, pozwalające przedsiębiorstwu, na którego rzecz agent działa, ustalać zakres tej działalności, były:

1. ograniczenia co do terytorium, na którym agent może sprzedawać te towary lub usługi;
2. ograniczenia co do klientów, którym agent może sprzedawać te towary lub usługi;
3. ceny i warunki, na jakich agent może sprzedawać te towary lub usługi²³⁷.

Komisja wskazywała również, że umowy agencyjne często zawierają postanowienia polegające na zobowiązaniu przedsiębiorstwa, na rzecz którego działa agent, do niewyznaczania innych agentów na danym terytorium lub postanowienia zakazujące agentowi działania jako agent lub dystrybutor przedsiębiorstw konkurujących z przedsiębiorstwem, na rzecz którego on działa. Pierwszy ich rodzaj oceniony został przez Komisję jako nieprowadzący do antykonkurencyjnych skutków, jednak postanowienia dotyczące zakazu konkurencji mogą takie skutki powodować, jeśli prowadzą do wykluczenia z rynku innych przedsiębiorstw²³⁸.

Komisja w wytycznych 2790/1999 nie odniosła się jednak do newralgicznej wówczas kwestii związanej z kryterium oceny umowy agencyjnej w postaci integracji przedsiębiorstwa agenta z przedsiębiorstwem, na rzecz którego on działał. W wyroku w sprawie *Daimler Chrysler AG*²³⁹ Sąd podjął się oceny konieczności stosowania kryterium integralności, wskazując, iż jego spełnienie jest w praktyce uzależnione od rozkładu ryzyka pomiędzy stronami umowy agencyjnej. Również w późniejszym wyroku w sprawie *CEEES*²⁴⁰ Trybunał wskazał na pierwszeństwo stosowania kryterium ryzyka, od którego uzależnione jest kryterium integralności. Jak się wydaje, kwestia stosowania kryterium integralności ostatecznie rozstrzygnięta została

²³⁶ *Ibidem*, pkt 16.

²³⁷ *Ibidem*, pkt 18.

²³⁸ *Ibidem*, pkt 19.

²³⁹ Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 15 września 2005 r. w sprawie T-325/01 DaimlerChrysler AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:T:2005:322.

²⁴⁰ Wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784.

w wyroku w sprawie *CEPSA*²⁴¹. Dotyczyła ona umowy agencyjnej dotyczącej prowadzenia stacji benzynowej w Hiszpanii, która zawierała szereg ograniczeń wertykalnych takich jak: zobowiązanie do wyłączności zakupów, zakaz konkurencji, ale również postanowienia dotyczące ustalania cen odsprzedaży. Podstawowym zadaniem przedmiotowej sprawy była ocena, czy możliwe jest wyłączenie takiej umowy spod zakazu zawartego w art. 101 TFUE. W tym celu konieczne było dokonanie oceny, czy uznana może być ona za umowę agencyjną, pozostającą poza zakresem stosowania tego zakazu. Jakkolwiek rozstrzygnięcie co do tej kwestii Trybunał pozostawił sądowi krajowemu, tak wskazał, że kluczowym czynnikiem, który powinien być brany pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy agent jest niezależnym podmiotem gospodarczym, jest „umowa zawarta ze zleceniodawcą, a w szczególności milczące lub wyraźne klauzule tej umowy, które dotyczą przejęcia ryzyka finansowego i handlowego towarzyszącego sprzedaży towarów osobom trzecim. Zagadnienie ryzyka należy poddać analizie w każdym poszczególnym przypadku i uwzględniając raczej rzeczywistość gospodarczą aniżeli kwalifikację prawną stosunku umownego w prawie krajowym”²⁴². Takie podejście Trybunału prowadziło do wniosku, że stosowane wcześniej kryterium integralności nie jest najważniejsze przy ocenie relacji pomiędzy przedsiębiorstwami, a pełni najwyżej funkcję pomocniczą.

2. Regulacja w rozporządzeniu VBER

Podejście Komisji oraz Trybunału do umów agencyjnych ewoluowało w okresie obowiązywania rozporządzenia 2790/1999, co doprowadziło do konieczności wprowadzenia pewnych zmian przy okazji wejścia w życie rozporządzenia VBER. Dokument ten również nie zawierał żadnych postanowień dotyczących umów agencyjnych. Stanowisko Komisji co do antymonopolowej oceny umów agencji zostało natomiast przedstawione w wytycznych VBER. Pierwszą różnicą pomiędzy wytycznymi 2790/1999 a wytycznymi VBER jest brak odwołania do dyrektywy o agentach handlowych, a w zamian przyjęcie własnej definicji agenta. Wytyczne VBER wskazują, iż „agent jest osobą prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby (dającego zlecenie), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na: zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie lub sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie”²⁴³. Należy zaznaczyć, iż definicja ta nie ogranicza agencji wyłącznie do działania w imieniu i na rzecz innego przedsiębiorstwa, ale obejmuje również działanie na jego rzecz, ale we własnym imieniu, co ma miejsce na przykład przy umowach komisu. Umowy agencyjne w rozumieniu wytycznych VBER obejmują zarówno agentów zajmujących się sprzedażą, jak i zakupem na rzecz innego przedsiębiorstwa.

Komisja odeszła w wytycznych VBER również od wcześniej zastosowanej koncepcji podziału umów agencyjnych na typowe i nietypowe umowy agencyjne, a także podkreśliła, iż kluczowym czynnikiem dla oceny, czy dana umowa agencyjna wchodzi w zakres stosowania art. 101 TFUE, jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszo-

241 Wyrok TSUE z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA* przeciwko *LV Tobar e Hijos SL*, ECLI:EU:C:2008:485.

242 Pkt 36 wyroku w sprawie *CEPSA*.

243 Pkt 12 wytycznych VBER.

ne przez agenta, zastrzegając przy tym, że bez znaczenia pozostaje kwalifikacja umowy na gruncie prawa krajowego. Wytyczne VBER wskazują również na istnienie trzech, a nie dwóch jak w przypadku wytycznych 2790/1999 rodzajów ryzyka, które istotne są dla definiowania umowy agencyjnej. Oprócz dwóch, wskazanych już w poprzednim stanie prawnym ryzyk w postaci ryzyka bezpośrednio związanego z negocjowanymi lub zawartymi na rzecz innego przedsiębiorstwa umowami oraz ryzyka dotyczącego specyficznych inwestycji rynkowych, koniecznych do negocjowania lub zawarcia umowy na rzecz innego przedsiębiorstwa, Komisja wskazała również na trzecie ryzyko w postaci ryzyka związanego z innymi działaniami podejmowanymi przez agenta na rzecz dającego zlecenie na tym samym rynku produktowym, ale na własne ryzyko, a nie w typowej roli agenta. W dalszym ciągu jednak dla oceny umów agencyjnych nie mają znaczenia czynniki związane bezpośrednio ze świadczeniem usług agencyjnych, takie jak: szkolenie pracowników, ogólne inwestycje w lokal lub wyposażenie biurowe.

Pierwszy z wymienionych rodzajów ryzyka, czyli ryzyko bezpośrednio związane z negocjowanymi lub zawartymi na rzecz innego przedsiębiorstwa umowami, doprecyzowane zostało przez wytyczne VBER w drodze wskazania listy zobowiązań nałożonych na agenta, które z dużym prawdopodobieństwem powodować będą ponoszenie przez niego tego rodzaju ryzyka. Lista ta jest tożsama z listą zawartą w wytycznych 2790/1999 i zawiera również przykłady drugiego z rodzajów ryzyka dotyczącego specyficznych inwestycji rynkowych. Natomiast w kontekście trzeciego z wymienionych przez Komisję rodzajów ryzyka w postaci innych działań podejmowanych przez agenta na tym samym rynku produktowym, ale na własne ryzyko, należy wskazać, że dotyczy on wyłącznie działań wymaganych przez przedsiębiorstwo, na rzecz którego on działa w ramach umowy agencyjnej. Oznacza to, że dobrowolne działanie w charakterze niezależnego dystrybutora przy jednoczesnym świadczeniu usług agencyjnych jest dopuszczalne zgodnie z brzmieniem wytycznych VBER. Co ważne, jeśli działania te są zlecone przez inne przedsiębiorstwo, bez znaczenia pozostaje, czy są one nieodzowne dla prowadzenia działalności agencyjnej, a także czy zlecające je przedsiębiorstwo zwróci koszty takich działań²⁴⁴. Należy jednak podkreślić, iż ocena rozkładu ryzyka pomiędzy agenta a przedsiębiorstwo, na rzecz którego on działa, w każdym przypadku musi być dokonywana indywidualnie i przy uwzględnieniu wszystkich postanowień danej umowy agencyjnej. Za dopuszczalną zgodnie z wyrokami TSUE w sprawach *CEPSA* oraz *CEEES* należy uznać również sytuację, w której agent ponosi jedynie niewielką część ryzyka. Taka sytuacja nie może prowadzić do automatycznego uznania, że dana umowa agencyjna wchodzi w zakres stosowania art. 101 TFUE.

Z praktycznego punktu widzenia istotne znaczenie ma również dokonany w umowie agencyjnej podział postanowień na dotyczące samych umów, które negocjować lub zawierać będzie agent na rzecz innego przedsiębiorstwa, oraz dotyczące relacji pomiędzy agentem a przedsiębiorstwem, na rzecz którego on działa. Te pierwsze w przypadku kwalifikacji danej umowy jako agencyjnej w sposób opisany powyżej nie podlegają zakazowi zawartemu w art. 101 TFUE i z tego względu nie jest konieczna ich analiza na tym gruncie. Za przykład tego rodzaju postanowień może służyć postanowienie ograniczające terytorium, na którym agent może działać, lub cen, za które agent ma sprzedawać lub kupować towary bądź usługi. Natomiast

244 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, ss. 392-393.

postanowienia odnoszące się do relacji pomiędzy agentem a innym przedsiębiorstwem każdorazowo będą wchodzić w zakres stosowania art. 101 TFUE, jednak będą mogły skorzystać z wyłączenia na podstawie rozporządzenia VBER, przy spełnieniu odpowiednich warunków, takich jak próg 30% udziału w rynku. W przypadku kiedy rozkład ryzyk pomiędzy agentem a innym przedsiębiorstwem, na rzecz którego on działa, nie pozwala na uznanie danej umowy za umowę agencyjną, cała umowa będzie podlegać art. 101 TFUE, ale w dalszym ciągu będzie mogła skorzystać z wyłączenia na podstawie rozporządzenia VBER po spełnieniu warunków jego zastosowania.

3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję

Specyfika regulacji dotyczącej dystrybucji poprzez agenta powoduje, że również ocena tych regulacji odbiega od dokonanej wobec pozostałych modeli dystrybucji czy ograniczeń wertykalnych. Ze względu na fakt, że umowa agencyjna zbliża status agenta do statusu pracownika przedsiębiorstwa dającego zlecenie, umowy takie wyłączone są spod zakazu przewidzianego w art. 101 TFUE. Jednak, aby dana relacja dystrybucyjna mogła skorzystać z tego wyłączenia, konieczne jest właściwe ukształtowanie jej w oparciu o wskazane przez Komisję kryteria. Z tego powodu najistotniejszym punktem oceny obecnej regulacji jest przejrzystość i dopasowanie tych kryteriów do realiów rynkowych. W tym zakresie wytyczne VBER, które wskazują przedmiotowe kryteria, należy ocenić, co do zasady, pozytywnie. Praktyka ich stosowania pozwoliła jednak na zidentyfikowanie pewnych aspektów, które powinny ulec poprawie w nowych wytycznych.

Przede wszystkim należy postulować uszczegółowienie opisu ryzyk, które agent może ponosić w celu dalszej kwalifikacji umowy agencyjnej jako pozostającej poza zakresem zastosowania art. 101 TFUE. Wytyczne VBER wskazują, że dopuszczalne jest ponoszenie przez agenta nieznacznego ryzyka w związku z wykonywaną przez niego działalnością na rzecz dającego zlecenie. Brak jest jednak dalszych wskazówek pozwalających przedsiębiorstwom dokonać właściwej oceny, czy ryzyka ponoszone przez agenta w danym przypadku uznane zostaną przez Komisję jako nieznaczące, czy też doprowadzą do wejścia umowy agencyjnej w zakres stosowania art. 101 TFUE. Wytyczne VBER nie zapewniają również wystarczającego wytłumaczenia, czy i na jakich warunkach agent może działać również jako niezależny dystrybutor innych produktów lub usług przedsiębiorstwa dającego zlecenie. Taka sytuacja nie zapewnia uczestnikom rynku należytej pewności, a niewielka praktyka decyzyjna w tym zakresie nie pozwala dokonać interpretacji na podstawie ocen Komisji dokonywanych w analogicznych sprawach. W związku z powyższym należałoby oczekiwać, aby w nowych wytycznych Komisja znacząco rozszerzyła katalog przykładów kosztów, które agent może ponosić bez ryzyka uznania, że w rzeczywistości jest on niezależnym dystrybutorem, a zawarta z nim umowa wchodzi w zakres stosowania art. 101 TFUE.

Przewidziane w wytycznych VBER kryteria oceny umowy agencyjnej warunkujące jej wyłączenie spod zakazu przewidzianego w art. 101 TFUE nie uwzględniają, podobnie jak pozostała część obowiązującej regulacji, problematyki wynikającej z dystrybucji w kanale *online*. Deficyt ten, z praktycznego punktu widzenia, naj-

bardziej widoczny jest w kontekście oceny możliwości traktowania platform internetowych, ze szczególnym uwzględnieniem porównywarek cenowych jako agentów. Aspekt ten powinien zostać szczegółowo omówiony przez Komisję w nowych wytycznych, przy uwzględnieniu często silnej pozycji platform internetowych, szczególnie jeżeli współpracują one z niewielkimi przedsiębiorstwami. Relacje takie mogą w niektórych przypadkach prowadzić do antykonkurencyjnych efektów, a w szczególności pogorszenia pozycji słabszej strony relacji handlowej, co sprzeczne jest z celem szczególnej ochrony MŚP. Komisja powinna rozważyć w tym zakresie stworzenie odrębnych kryteriów pozwalających zakwalifikować platformę internetową jako agenta. Kryteria te powinny opierać się na ocenie ryzyka, które ponoszone jest przez platformę internetową, pozycji rynkowej podmiotów, które wykorzystują platformę internetową w ramach swojej działalności, a także stopniu zaangażowania platformy internetowej w pozyskiwanie, gromadzenie i przetwarzanie danych klientów zewnętrznych dla celów własnej działalności.

Wytyczne VBER przewidują również, że w celu uznania porozumienia za umowę agencyjną agent nie może podejmować na rynku produktowym nim objętym innych działań na rzecz dającego zlecenie, chyba że otrzymuje pełny zwrot kosztów tych działań. Ustanowienie tego kryterium przez Komisję nie zostało poparte żadnymi racjonalnymi wyjaśnieniami, a w praktyce rynkowej powoduje jedynie często nieuzasadnione ograniczenie swobody kontraktowania pomiędzy stronami. Kryterium to nie zostało również dotychczas rozwinięte w orzecznictwie ani praktyce decyzyjnej Komisji, co poddaje w wątpliwość zasadność jego ustanowienia, w szczególności bez wskazania przykładów działań, których ono dotyczy. W związku z powyższym należałoby postulować jego usunięcie z nowych wytycznych jako nieprzystającego do realiów rynkowych.

Kolejnym niezwykle istotnym aspektem związanym z umowami agencyjnymi, który nie funkcjonuje w sposób odpowiedni, jest dopuszczalna długość zakazu konkurencji, jaki może być nałożony na agenta. Zgodnie z brzmieniem wytycznych VBER zakaz ten może zostać nałożony na agenta, co do zasady, na okres maksymalnie 5 lat, tak jak w przypadku każdego innego modelu dystrybucji. Wydaje się, że ze względu na specyfikę umowy agencyjnej, eliminującej lub w znacznym stopniu ograniczającej ryzyko ponoszone przez agenta, takie ograniczenie jest nieuzasadnione. Ponoszenie znacznej części lub nawet całości ryzyka wynikającego z działalności agenta przez dającego zlecenie wydaje się usprawiedliwiać zastosowanie dłuższego dopuszczalnego okresu zakazu konkurencji. Należałoby zatem oczekiwać, że Komisja dopuści możliwość nałożenia tego zakazu na cały okres trwania umowy agencyjnej.

Reasumując, należałoby się spodziewać, że w zakresie oceny umów agencyjnych na gruncie nowego rozporządzenia nie nastąpią radykalne zmiany. Największą oczekiwaną zmianą, która powinna zostać uwzględniona przez Komisję, jest dopuszczenie ustanowienia zakazu konkurencji na cały okres trwania umowy agencyjnej. Poza tym aspektem problematyka umów agencyjnych zawarta w wytycznych co do zasady pozostaje aktualna i prawdopodobnie w dużej części powtórzona zostanie w nowych wytycznych. Pewnych zmian można się spodziewać w zakresie opisu ryzyk ponoszonych przez agenta, w szczególności poprzez dodanie praktycznych przykładów ryzyk i kosztów, które agent może ponosić. Należałoby oczekiwać wyjaśnienia problematyki związanej z kwalifikacją platform internetowych jako

agentów, jednak może zostać to uczynione w wyodrębnionej sekcji wytycznych dotyczącej dystrybucji w kanale *online*, a nie bezpośrednio w części poświęconej umowom agencyjnym.

Rozdział VI

Dystrybucja *online*

1. Pojęcie dystrybucji *online* i geneza regulacji

Dystrybucja przy wykorzystaniu kanału *online* nie stanowi oddzielnego systemu dystrybucji, alternatywnego między innymi dla dystrybucji selektywnej, *franchisingu* czy dystrybucji wyłącznej. Jest to właściwie metoda sprzedaży, która może być wykorzystywana w ramach każdego z tych systemów. Z uwagi na jej kluczowe i nadal rosnące znaczenie we współczesnej gospodarce zasadne było jednak oddzielne omówienie tej metody dystrybucji. W wielu przypadkach bowiem regulacje dotyczące modeli dystrybucji w kanale tradycyjnym nie odpowiadają problemom wynikającym ze stosowania tych modeli w kanale *online*. Z drugiej strony natomiast niektóre aspekty związane z dystrybucją *online*, takie jak kwalifikacja określonych działań w jej ramach jako sprzedaży pasywnej lub aktywnej, pozostają wspólne dla wszystkich modeli dystrybucji.

Zagadnienia prawa konkurencji powstające na gruncie dystrybucji *online* po raz pierwszy zostały omówione w wytycznych 2790/1999. Ze względu na niewielkie wówczas znaczenie tego kanału dystrybucji nie poświęcono mu jednak wiele uwagi. Wytyczne 2790/1999 przede wszystkim wskazywały, że: „ogólne reklamy lub promocja w mediach lub w Internecie, które docierają do klientów na wyłącznych terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, będące odpowiednim sposobem docierania do klientów na terytoriach nieobjętych wyłącznością lub do grup klientów na własnym terytorium, stanowią sprzedaż bierną”²⁴⁵. Takie podejście Komisji miało na celu rozwianie wątpliwości w zakresie dopuszczalności zakazania dystrybutorowi stosowania reklam internetowych, które mogłyby - niejako przy okazji - docierać do klientów lub na terytoria, które są objęte wyłącznością innego dystrybutora. W związku z podkreśloną przez Komisję koniecznością zapewnienia dystrybutorom swobody wykorzystywania kanału *online* do sprzedaży i reklamowania produktów, możliwość nałożenia takiego zakazu zależała od adresatów danej reklamy. Rozporządzenie 2790/1999 dopuszczało zobowiązanie dystrybutora do nieprowadzenia aktywnej reklamy *online*, czyli takiej, która skierowana była do klientów lub na terytoria, które przyznane były na wyłączność innemu dystrybutorowi. Jeśli jednak reklama skierowana była przede wszystkim do klientów lub na terytoria przyznane na wyłączność dystrybutorowi wykupującemu reklamę lub nieobjęte wyłącznością, to zakaz taki był niedopuszczalny, nawet jeśli reklama ta docierała do klientów lub na terytoria objęte wyłącznością innego dystrybutora. Bez znaczenia w tym względzie pozostawał język używany na stronie internetowej dystrybutora. Komisja zastrzegła jednak, że reklama *online* w postaci niezamówionych e-maili wysyłanych do konsumentów stanowi sprzedaż aktywną i można

245 Pkt 50 wytycznych 2790/1999.

zobowiązać dystrybutora do nieprowadzenia takich działań na terytoriach przyznanych na wyłączność innym dystrybutorom. Za sprzedaż aktywną Komisja uznawała również sprzedaż dokonywaną przy pomocy katalogów.

Drugą z kwestii podniesionych przez Komisję w wytycznych 2790/1999 była dopuszczalność wymagania przez dostawcę określonych standardów jakości przy sprzedaży jego towarów w kanale *online* i stosowanych tam reklamach. Komisja wskazywała, że narzucenie takich standardów przez dostawcę jest dopuszczalne, tak samo jak dopuszczalne jest narzucanie standardów związanych z reklamą i promocją stacjonarną, szczególnie w przypadku dystrybucji selektywnej²⁴⁶. Zobowiązanie dystrybutora do nieprowadzenia sprzedaży w kanale *online* lub przy pomocy katalogów dopuszczalne było w ocenie komisji wyłącznie w przypadku obiektywnego uzasadnienia takiego zakazu²⁴⁷. Dopuszczalne w ocenie Komisji było również zastrzeżenie przez dostawcę prowadzenia dystrybucji w kanale *online* samodzielnie na określonych terytoriach lub wobec określonych grup klientów.

Na gruncie rozporządzenia 2790/1999 wydane zostało również jedno z ważniejszych orzeczeń TSUE w zakresie dystrybucji w kanale *online*, a mianowicie wyrok w sprawie *Pierre Fabre*. Mając jednak na uwadze datę wydania wyroku, przypadającą już na okres obowiązywania rozporządzenia VBER, oraz konieczność jego zestawienia z najnowszym orzecznictwem w tym zakresie, zostanie on szczegółowo omówiony w kolejnym podrozdziale, dotyczącym aktualnej regulacji dystrybucji *online*.

2. Regulacja w rozporządzeniu VBER

Dynamika rozwoju Internetu w okresie obowiązywania rozporządzenia 2790/1999, a co za tym idzie - również wzrost znaczenia dystrybucji dokonywanej przy wykorzystaniu kanału *online*, wymusiły na Komisji pewne zmiany w tym zakresie. Podobnie jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, rozporządzenie VBER nie odnosi się wprost do dystrybucji w kanale *online*, jednak znacznie rozwinięta została poświęcona jej sekcja w wytycznych VBER. Przede wszystkim Komisja kontynuuje dotychczasowe podejście, uznając dystrybucję w kanale *online* za sprzedaż pasywną, co prowadzi do - co do zasady - niedopuszczalności zakazania jej prowadzenia dystrybutorowi. Wytyczne VBER powtarzają również, że możliwość wyboru języka na stronie internetowej dystrybutora nie stanowi o aktywnym charakterze sprzedaży, podobnie jak wysyłanie klientowi przekazywanych automatycznie informacji, na których otrzymywanie wyraził zgodę²⁴⁸. Natomiast sprzedażą aktywną, która może podlegać ograniczeniom, będą w rozumieniu Komisji między innymi reklamy internetowe skierowane do określonych klientów, takie jak banery reklamowe ukierunkowane na określone terytorium, ale także optacenie korzystnego pozycjonowania w wyszukiwarce internetowej na danym terytorium²⁴⁹. Jako najprostszy sposób rozróżnienia, czy dana aktywność *online* ma charakter aktywny, czy pasywny (bierny), Komisja przyjmuje tak zwany test atrakcyjności działań promocyjnych²⁵⁰. Polega on na odpowiedzi na pytanie, czy dystrybutor zdecydowałby

246 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999, op.cit.*

247 Pkt 51 wytycznych 2790/1999.

248 Pkt 52 wytycznych VBER.

249 Pkt 53 wytycznych VBER.

250 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 426.

się na poniesienie kosztów tych działań, gdyby nie docierały one na terytoria wyłączne przyznane innym przedsiębiorstwom. Jeśli odpowiedź na tak postawione pytanie jest pozytywna, a zatem dystrybutor podjąłby takie działania, ocenia się, że mają one charakter pasywny. Jeśli jednak dystrybutor nie zdecydowałby się ponieść tego rodzaju kosztów, należy uznać analizowane działania za aktywną formę dystrybucji, która może podlegać ograniczeniu. W doktrynie wskazuje się również, że nowoczesne techniki dotarcia do klienta, takie jak: ponowny kontakt z użytkownikiem, który odwiedził daną stronę internetową, kierunkowanie behawioralne czy identyfikacja konkretnego użytkownika za pomocą plików cookie, uważane są za formy aktywnej dystrybucji, a co za tym idzie - dostawca może zostać ograniczony w ich stosowaniu²⁵¹.

Najważniejszą zmianą zawartą w wytycznych VBER jest wskazanie przez Komisję katalogu przykładowych działań, które uznawane są za ograniczenie sprzedaży pasywnej, a co za tym idzie - jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Pierwsza z przytoczonych przez Komisję praktyk polega na uniemożliwieniu przez dystrybutora dostępu do jego strony internetowej klientom znajdującym się poza przypisanym mu terytorium lub dokonywanie automatycznego przekierowywania tych klientów na stronę internetową producenta lub innych dystrybutorów. Komisja zastrzega jednak, że dopuszczalne w tym zakresie jest zamieszczenie odnośników do stron internetowych innych dystrybutorów lub dostawcy²⁵². Za dopuszczalne w tym kontekście Komisja uznaje także zobowiązanie dystrybutora do umieszczenia na swojej stronie internetowej odnośników do stron internetowych innych dystrybutorów lub dostawcy w przeciwieństwie do zobowiązania dystrybutora do tłumaczenia strony internetowej na języki wszystkich państw, do których dystrybuowane (nawet pasywnie) będą produkty objęte porozumieniem, co uznawane jest przez Komisję za jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji²⁵³.

Drugie z niedozwolonych ograniczeń obejmuje zobowiązanie dystrybutora do niedokonywania transakcji z klientami, którzy poprzez dane karty kredytowej zostaną zidentyfikowani jako znajdujący się poza terytorium przypisanym danemu dystrybutorowi²⁵⁴. Trzecim ograniczeniem jest narzucenie dystrybutorowi ograniczenia sprzedaży dokonywanej *online*, z zastrzeżeniem dopuszczalności określenia minimalnej ilości produktów, które dystrybuowane mają być w kanale tradycyjnym, jednak wyłącznie jeśli ilość ta wyrażona zostanie bezwzględnie, a nie jako określony procent całości sprzedaży dokonywanej przez danego dystrybutora²⁵⁵. Ostatnie z niedopuszczalnych ograniczeń wskazanych przez Komisję dotyczy obciążania dystrybutora wyższą ceną za produkty, które mają zostać sprzedane w kanale *online*, niż za produkty sprzedawane w kanale tradycyjnym²⁵⁶. Praktyka ta (tzw. *dual-pricing*) może być jednak dopuszczona w przypadku, kiedy sprzedaż w kanale *online* powoduje wyższe koszty po stronie producenta niż sprzedaż w kanale tradycyjnym. Co ważne, koszty te są szeroko interpretowane i obejmują przykładowo ryzyko zwiększonej liczby roszczeń gwarancyjnych składanych przez klientów. Sto-

251 J. Hederström, L. Peepkorn, *Vertical Restraints in On-line Sales: Comments on Some Recent Developments*, "Journal of European Competition Law & Practice", vol. 7, issue 1 (2016), ss. 10-23.

252 Pkt 52 lit. a wytycznych VBER.

253 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, ss. 424-425.

254 Pkt 52 lit. b wytycznych VBER.

255 Pkt 52 lit. c wytycznych VBER.

256 Pkt 52 lit. d wytycznych VBER.

sowanie *dual-pricingu* każdorazowo jednak podlegać będzie indywidualnej ocenie Komisji.

Komisja za dopuszczalne uznaje natomiast wymaganie przez dostawcę stosowania określonych standardów jakości w dystrybucji *online*, podobnie jak może mieć to miejsce w przypadku innych form dystrybucji, w szczególności dystrybucji selektywnej. W kontekście tej ostatniej warto zaznaczyć, że Komisja wprost dopuszcza możliwość zastosowania jako kryterium dopuszczalności do sieci dystrybucji selektywnej wymogu prowadzenia co najmniej jednego lokalu stacjonarnego (ang. *brick-and-mortar*), co może wyeliminować dystrybutorów zajmujących się wyłącznie sprzedażą w kanale *online*. W dalszej części wytycznych VBER Komisja, również odwołując się do dystrybucji selektywnej, wskazuje, że najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji są wszelkie działania mające zniechęcić dystrybutorów do wykorzystania w swojej działalności sprzedaży w kanale *online*, jeśli działania te nie są równoważne z kryteriami obowiązującymi wobec sprzedaży w kanale tradycyjnym. Równoważność tych kryteriów nie oznacza, że muszą być one identyczne, ale muszą służyć tym samym celom, a różnica między nimi powinna wynikać wyłącznie z różnego charakteru metod dystrybucji²⁵⁷. Co ważne, odpowiednie sformułowanie kryteriów prowadzenia dystrybucji w kanale *online* może doprowadzić do faktycznego zakazu dystrybucji przy wykorzystaniu tak zwanych rynków internetowych (np. E-bay, Allegro czy Amazon) poprzez zobowiązanie dystrybutora do bycia wyłącznym administratorem strony internetowej, przy pomocy której dokonywana jest dystrybucja. Dopuszczalność takiego ograniczenia jest wysoce kontrowersyjna i w niektórych przypadkach podważana przez państwa członkowskie²⁵⁸.

Ograniczenia nakładane na dystrybutorów, prowadzące do faktycznego zakazu prowadzenia pasywnej sprzedaży w kanale *online*, stanowiły przedmiot wyroku TSUE w sprawie *Pierre Fabre*. Sprawa ta dotyczyła spółki z grupy Pierre Fabre, która w ramach prowadzonego systemu dystrybucji selektywnej zobowiązywała dostawców do prowadzenia sprzedaży jej produktów wyłącznie w asyście wykwalifikowanego farmaceuty, czego efektem był absolutny zakaz prowadzenia dystrybucji w kanale *online*. Sąd francuski zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym, czy nałożony na dostawcę ogólny i bezwzględny zakaz dystrybucji w kanale *online* stanowi czarną klauzulę, uniemożliwiającą skorzystanie z wyłączenia grupowego. Trybunał w odpowiedzi na to pytanie wskazał, że ograniczenia nałożone na dystrybutora prowadzące *de facto* do zakazu prowadzenia dystrybucji w kanale *online* prowadzą do ograniczenia sprzedaży pasywnej, a tym samym uniemożliwiają skorzystanie z wyłączenia grupowego. W wyroku tym Trybunał wskazał, że dopuszczalne jest nałożenie ograniczeń sprzedaży w obiektywnie uzasadnionych przypadkach, a ograniczenia te obejmują również dystrybucję *online*. Trybunał podkreślił jednak, że obiektywna konieczność nałożenia takich ograniczeń rozumiana jest rygorystycznie. Zgodnie z przyjętym podejściem za obiektywne uzasadnienie traktowane są normy prawne obowiązujące w danym państwie członkowskim, przy-

257 Pkt 56 wytycznych VBER.

258 Patrz przykładowo: Decyzja Bundeskartellamt z dnia 26 sierpnia 2015 r. w sprawie B2-98/11 ASICS, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B2-98-11.pdf;jsessionid=69126EBDDFCCC2D033E9610415A1CF1E.2_cid378?__blob=publicationFile&v=3 [dostęp: 30.05.2021 r.] oraz decyzja Autorité de la concurrence nr 15-D-11 z dnia 24 czerwca 2015 r., <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//15d11.pdf> [dostęp: 30.05.2021 r.].

kładowo zakazujące sprzedaży określonych produktów w kanale *online*, natomiast inne okoliczności z dużym prawdopodobieństwem nie będą uzasadniać nałożenia takich ograniczeń²⁵⁹. W wyroku w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał odrzucił możliwość nałożenia takich ograniczeń na podstawie podnoszonego przez francuską spółkę celu polegającego na ochronie prestiżowego wizerunku, gdyż w ocenie Trybunału nie stanowi on należytego uzasadnienia dla ograniczenia konkurencji.

Kwestia ograniczeń dotyczących sprzedaży *online* stanowiła również przedmiot orzeczenia Trybunału w sprawie *COTY*²⁶⁰. W sprawie tej niemiecka spółka zobowiązywała swoich dystrybutorów selektywnych do sprzedaży produktów wyłącznie w zatwierdzonych punktach sprzedaży, z czego sprzedaż w kanale *online* mogła być prowadzona jedynie przy wykorzystaniu autoryzowanej witryny internetowej, na której nie znajduje się oznaczenie handlowe przedsiębiorstwa trzeciego, niebędącego autoryzowanym dystrybutorem. Takie ograniczenie uniemożliwiałoby dystrybutorom prowadzenie sprzedaży *online* przy wykorzystaniu platform podmiotów trzecich takich jak Amazon, co argumentowane było przez COTY koniecznością ochrony luksusowego charakteru produktów. Trybunał po rozważeniu stanu faktycznego uznał, że system dystrybucji selektywnej stosowany przez COTY nie wchodzi w zakres art. 101 TFUE, ponieważ dystrybutorzy wybierani są na podstawie obiektywnych kryteriów jakościowych stosowanych jednolicie wobec wszystkich potencjalnych dystrybutorów, stosowanych w sposób niedyskryminacyjny i proporcjonalny, a luksusowy charakter produktu uzasadnia stosowanie tego systemu. Następnie Trybunał dokonał oceny stosowanego przez COTY zakazu dystrybucji poprzez rynki internetowe i stwierdził, że mógłby on czerpać z wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzenia VBER, ponieważ dystrybutorzy uprawnieni byli do sprzedaży w kanale *online* poprzez swoje własne strony internetowe, a co za tym idzie - zakaz nie miał charakteru bezwzględnie. W ocenie Trybunału brak możliwości kontroli nad warunkami sprzedaży towarów dystrybuowanych poprzez platformy podmiotów trzecich może negatywnie wpłynąć na luksusowy wizerunek produktów, a zatem przedmiotowe ograniczenie możliwości stosowania takiej dystrybucji jest uzasadnione. Zestawiając ten wyrok z wyrokiem w sprawie *Pierre Fabre*, należy uznać, że dozwolone jest ograniczenie dystrybucji w kanale *online* usprawiedliwione ochroną wizerunku produktów, jednak nie jej całkowity zakaz. W doktrynie wskazuje się, iż w szczególnych przypadkach dopuszczalne może być również zobowiązanie dystrybutorów do prowadzenia sprzedaży w kanale *online* z zastrzeżeniem konieczności odbioru osobistego zakupionych produktów przez klienta. Takie ograniczenie może być uzasadnione znaczną liczbą usterek, żądań naprawy gwarancyjnej lub reklamacji produktów w przypadku dystrybucji z dostawą²⁶¹.

Zgodnie z podejściem Komisji prowadzenie przez dystrybutora dystrybucji w kanale *online* nie może być uważane za uruchomienie nowego punktu sprzedaży w innej lokalizacji, stąd klauzula lokalizacyjna zezwalająca dystrybutorowi na działanie wyłącznie w ramach ściśle określonego terytorium lub zakaz otwierania nowych punktów sprzedaży bez zgody dostawcy nie mogą ograniczać działalności interne-

259 Opinia rzecznika generalnego Mazák z dnia z dnia 3 marca 2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS* przeciwko *Président de l'Autorité de la concurrence* i *Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, ECLI:EU:C:2011:113, pkt 35.

260 Wyrok TSUE z dnia 6 grudnia 2017 r. w sprawie C-230/16 *Coty Germany GmbH* przeciwko *Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941.

261 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 438.

towej dystrybutora²⁶². Wytyczne VBER przewidują również dodatkową możliwość ograniczenia dystrybucji pasywnej, w tym dystrybucji w kanale *online*, która może zostać zastosowana, jeśli dystrybutor dokonuje znacznych nakładów na wprowadzenie do sprzedaży nowego produktu lub uruchomienie jego dystrybucji na nowym rynku. W celu zabezpieczenia interesów tego dystrybutora możliwe jest zakazanie nawet pasywnej sprzedaży na wskazanym terytorium przez okres 2 lat od rozpoczęcia na nim dystrybucji.

Praktyka decyzyjna państw członkowskich wskazuje również, że ograniczenie dystrybutorom możliwości uwidaczniania dystrybuowanych przez nich produktów w internetowych porównywarkach cenowych stanowi ograniczenie dystrybucji *online*, a co za tym idzie - najpoważniejsze ograniczenie konkurencji²⁶³. Komisja wydaje się przyjmować w tym zakresie bardziej liberalne stanowisko, kwalifikując zakaz promowania produktów poprzez porównywarki cenowe jako dopuszczalne ograniczenie co do sposobu prowadzenia odsprzedaży, a nie obszaru lub podmiotów, na rzecz których jest ona prowadzona²⁶⁴. Należy jednak zaznaczyć, że dalszy dynamiczny rozwój dystrybucji w kanale *online* z dużym prawdopodobieństwem spowoduje zmianę podejścia Komisji w tym zakresie, co zostanie omówione w dalszej części pracy.

262 *Ibidem*, s. 419.

263 Patrz: Decyzja Bundeskartellamt w sprawie B2-98/11 ASICS, *op.cit.*

264 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *op.cit.*, s. 443.

3. Niedoskonałości obecnej regulacji i kierunki zmian rozważane przez Komisję

Wyjątkowo szybki rozwój Internetu, a co za tym idzie - również dystrybucji *online* w okresie obowiązywania rozporządzenia VBER spowodował, że w tym zakresie jest ono zdecydowanie nieaktualne i nie odpowiada na bieżące potrzeby rynkowe. Sama Komisja w raporcie VBER przyznaje, że obecna regulacja jest przestarzała i nie jest dostosowana do zmian związanych ze wzrostem znaczenia dystrybucji *online*, a obecne regulacje tworzone z myślą o dystrybucji w kanale tradycyjnym nie w pełni nadają się do zastosowania do dystrybucji *online*²⁶⁵. Z tego względu znaczące poszerzenie regulacji w tym kanale będzie stanowić jedną z najważniejszych zmian w nowym rozporządzeniu oraz nowych wytycznych.

Pierwszym zarzutem, który może być postawiony obowiązującej regulacji, jest brak odrębnej sekcji rozporządzenia VBER poświęconej dystrybucji *online*. Zamieszczenie wyjaśnień dotyczących jej stosowania wyłącznie w wytycznych VBER stanowi jeden z największych deficytów obecnej regulacji. Takie podejście nie zapewnia uczestnikom rynku wymaganej pewności, a jednocześnie nie może prowadzić do modyfikacji generalnych zasad zawartych w rozporządzeniu VBER, a co za tym idzie - powoduje brak dopuszczenia jakichkolwiek odstępstw od nich w stosunku do dystrybucji *online*. Sekcja poświęcona temu kanałowi dystrybucji w nowym rozporządzeniu powinna ustanawiać odrębne dopuszczalne ograniczenia i wymogi dla jego stosowania, modyfikujące dotychczasowe zasady obowiązujące zarówno wobec dystrybucji w kanale tradycyjnym, jak i w kanale *online*. Rozwiązanie takie, polegające na zamieszczeniu tych regulacji w ramach oddzielnej sekcji, pozwoliłoby na łatwe rozgraniczenie ich od tych dotyczących dystrybucji tradycyjnej, przez co zapewniłoby zdecydowanie łatwiejsze ich stosowanie w praktyce.

W zakresie samej materialnej regulacji, a nie jej struktury, podstawową kwestią wymagającą zmiany jest sposób traktowania ograniczeń nakładanych na sprzedaż w kanale *online* w systemach dystrybucji selektywnej. Obowiązująca obecnie regulacja przewiduje, że tego rodzaju ograniczenia powinny być analogiczne wobec nakładanych w ramach sprzedaży w kanale tradycyjnym. Takie podejście w praktyce często uniemożliwia nałożenie efektywnych ograniczeń związanych ze sprzedażą *online*, ze względu na jej odmienną specyfikę od sprzedaży w kanale tradycyjnym, związaną na przykład z brakiem możliwości zaoferowania niektórych tradycyjnych usług okotoprzedażowych, w zamian za które konsument może skorzystać z innego rodzaju usług w postaci na przykład nowoczesnych kanałów komunikacji z dystrybutorem. Należałoby zatem oczekiwać, aby Komisja odeszła od archaicznego obowiązku stosowania tożsamyh ograniczeń niezależnie od kanału dystrybucji, a w zamian pozwoliła przynajmniej w pewnym zakresie na stosowanie ograniczeń właściwych wyłącznie dla jednego z tych kanałów.

Kolejnym aspektem wymagającym dostosowania do współczesnych realiów jest stosowanie *dual-pricingu* nie tylko w sytuacjach, w których dystrybucja w kanale *online* wymaga ponoszenia wyższych kosztów przez dystrybutora. Zmiana struktury rynkowej w postaci znacznego wzrostu popularności dystrybucji w kanale *online* wydaje się wymagać podjęcia kroków umożliwiających ochronę tradycyjnego ka-

265 Raport VBER, *op.cit.*, ss. 207-218.

nału dystrybucji. Większe koszty prowadzenia działalności w kanale tradycyjnym związane przede wszystkim z utrzymaniem stacjonarnych punktów sprzedaży czy wykwalifikowanego personelu obecnego w tych punktach wydają się uzasadniać ustanowienie dodatkowego wynagrodzenia dla dystrybutorów prowadzących działalność w kanale tradycyjnym lub hybrydowym. W przypadku utrzymania obecnej regulacji, niedopuszczającej do swego rodzaju ochrony dystrybucji tradycyjnej, możliwy jest dalszy spadek jej popularności, co doprowadziłoby do szkodliwych z punktu widzenia konsumentów sytuacji, w których przykładowo, nie mogliby oni fizycznie zapoznać się z produktem, którego zakup rozważają, czy osobiście porozmawiać z wykwalifikowanym doradcą. Dopuszczalny na gruncie obecnej regulacji sposób ochrony dystrybutorów działających w kanale tradycyjnym w ramach dystrybucji selektywnej, polegający na wymogu prowadzenia co najmniej jednego sklepu detalicznego, budzi natomiast kontrowersje. Taki wymóg z jednej strony zapobiega sytuacji, w której dystrybutorzy działający wyłącznie w kanale *online* zyskują na usługach okołosprzedażowych oferowanych przez dystrybutorów działających w kanale tradycyjnym (przykładowo z możliwości fizycznego zapoznania się z produktem), ale z drugiej strony wyklucza tych dystrybutorów z możliwości uczestnictwa w danym systemie dystrybucji selektywnej, niezależnie od poziomu usług okołosprzedażowych, które mogliby oni zaoferować konsumentowi.

Rozporządzenie VBER oraz wytyczne VBER w wielu aspektach opierają się na podziale dystrybucji na aktywną oraz pasywną. Kwalifikacja niektórych działań dystrybutorów podejmowanych w kanale *online* do jednej z tych kategorii na podstawie wyjaśnień zawartych w wytycznych VBER nie jest jednak jasna. Komisja powinna zatem dokonać rozwinięcia obecnych wytycznych w tym zakresie, a także rozważyć możliwość wprowadzenia listy praktyk, które byłyby uznawane za aktywną sprzedaż *online*. Oprócz działań obecnie uważanych za takie praktyki za sprzedaż aktywną można by uznać między innymi korzystanie z domeny narodowej innego państwa aniżeli państwo, na którego terenie działa dystrybutor (przykładowo używanie przez wyłącznego dystrybutora na terenie Niemiec domeny „.pl”), a także tłumaczenie stron internetowych na inne języki aniżeli język używany w państwie, na terenie którego działa dystrybutor (z wyjątkiem języka angielskiego, który jest znany powszechnie). W ramach konsultacji publicznych postulowano nawet dalej idącą możliwość dopuszczenia w pewnych przypadkach nałożenia ograniczeń nie tylko na aktywną sprzedaż w kanale *online*, ale również na sprzedaż pasywną, co argumentowane było pozytywnym wpływem na efektywność sieci dystrybucyjnych przy jednoczesnym braku szkody dla konsumentów. Wydaje się jednak, iż tego rodzaju postulaty zostaną pominięte przez Komisję, co byłoby działaniem racjonalnym ze względu na zbyt daleko idące ograniczenia z nimi związane.

Należałoby również postulować, aby Komisja uwzględniła w ramach nowych wytycznych najnowszą praktykę orzeczniczą, a w szczególności orzeczenie w sprawie *COTY*. Orzeczenie to wydaje się dopuszczać nałożenie na dystrybutorów selektywnych ograniczenia w zakresie sprzedaży produktów luksusowych poprzez platformy należące do podmiotów trzecich, jednak w celu efektywnego uregulowania tej kwestii konieczne wydaje się wskazanie przez Komisję, czy tego rodzaju ograniczenia nałożone mogą zostać wyłącznie wobec produktów luksusowych, czy powinny spełniać one jakies dodatkowe warunki, a także czy Komisja identyfikuje sytuacje, w których ich nałożenie nie będzie dozwolone. Podobne wyjaśnienia wydają się

konieczne w zakresie możliwości nałożenia na dystrybutora ograniczeń związanych z uwidacznianiem produktów w internetowych porównywarkach cenowych. W tym zakresie słuszne wydaje się podejście niektórych krajowych organów ochrony konkurencji uznających takie ograniczenie za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Komisja powinna zaostrzyć zatem przyjęty dotychczas sposób oceny tego rodzaju ograniczeń, gdyż działanie takie nie wydaje się nieść za sobą szczególnych prokonkurencyjnych efektów ani nie prowadzi również do ochrony luksusowego wizerunku produktów, co może być osiągnięte przy użyciu łagodniejszych środków. Ograniczenie takie należy ocenić natomiast jako jednoznacznie szkodliwe dla konsumentów, którym utrudnia ono możliwość porównania ceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Reasumując powyższe, należałoby się spodziewać daleko idących zmian w zakresie regulacji dotyczącej dystrybucji w kanale *online*. Racjonalna wydaje się przede wszystkim weryfikacja absolutnego parasola ochronnego, który nałożony został na dystrybucję *online* poprzez kwalifikację jej jako sprzedaży pasywnej, co do zasady niepodlegającej ograniczeniom. Znaczący rozwój tego modelu dystrybucji udowodnił, że dystrybutorzy *online* nieprowadzący stacjonarnych punktów sprzedaży ponoszą zwykle mniejsze koszty prowadzenia działalności, a jednocześnie nie mogą zostać nałożone na nich specjalne wymagania czy ograniczenia. Obecne realia wskazywałyby raczej na konieczność ochrony dystrybucji w kanale tradycyjnym przed tą dokonywaną w Internecie niż na odwrót. Z tego względu zasadne byłoby wyodrębnienie sekcji nowego rozporządzenia poświęconej dystrybucji *online*, w której zawarte zostałyby regulacje dotyczące stosowania *dual-pricingu* czy dopuszczalnych ograniczeń nakładanych na dystrybucję w kanale *online*. Sekcja ta mogłaby również zawierać przepisy związane z dystrybucją *online*, ale odnoszące się do konkretnych systemów dystrybucji, jak na przykład możliwość stosowania innych kryteriów wobec selektywnej dystrybucji w kanale *online* i w kanale tradycyjnym. Nowe wytyczne powinny natomiast uwzględniać szczegółowe wyjaśnienia dotyczące podziału dystrybucji internetowej na aktywną oraz pasywną, możliwości nakładania na dystrybutorów ograniczeń w zakresie sprzedaży produktów poprzez platformy podmiotów trzecich oraz uwidaczniania produktów w porównywarkach cenowych, a także odnosić się do innych aktów prawnych dotyczących dystrybucji *online*, jak przykładowo rozporządzenie dotyczące geoblokowania²⁶⁶.

266 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r., w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE, Dz.U.L 60I z 2.03.2018, ss. 1-15.

Podsumowanie

Podstawowym celem niniejszej pracy była odpowiedź na pytanie, czy obecna regulacja dostosowana jest do aktualnych wymagań rynkowych i nowych wyzwań stojących przed prawem konkurencji w trzeciej dekadzie XXI wieku, a jeżeli nie, to w jakim zakresie wymagane są zmiany. Na podstawie powyższej analizy należy ocenić, że, co do zasady, rozporządzenie VBER funkcjonuje poprawnie i nie wymaga wprowadzenia rewolucyjnych zmian, jednak konieczne jest jego dostosowanie do bieżących realiów rynkowych, w szczególności w związku z dynamicznym rozwojem dystrybucji online oraz przyrostem praktyki decyzyjnej i orzeczniczej w niektórych przypadkach.

Zmiany zawarte w nowym rozporządzeniu i nowych wytycznych, jakkolwiek niezmieniające zupełnie podejścia do oceny żadnego z ograniczeń wertykalnych ani żadnego z modeli dystrybucji, obejmą prawdopodobnie w różnym stopniu każde z nich. W zakresie ustalania cen odsprzedaży można się spodziewać, że konieczna jest weryfikacja obowiązującego podejścia do ochrony wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej. Jakkolwiek mało prawdopodobne jest przyjęcie przez Komisję liberalnego podejścia opartego na teorii szkody, to jednak spodziewać się można, że rozszerzony zostanie katalog wyjątków dopuszczających ustalanie cen odsprzedaży. Pozytywnie należy ocenić jakiegokolwiek rozluźnienie obecnego zakazu, jednak spodziewane zmiany mogą doprowadzić do trudności interpretacyjnych związanych ze znacznym stopniem kazuistyki rozwiązania polegającego na tworzeniu katalogu sytuacji, w których dopuszczalne będzie ustalanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży.

Kolejnym aspektem, w zakresie którego z dużym prawdopodobieństwem wprowadzone zostaną zmiany, jest stosowanie ograniczenia w postaci zakazu konkurencji. Rozporządzenie VBER dopuszcza ustanowienie go na maksymalnie 5 lat, co w dobie długoterminowych relacji handlowych nie znajduje wystarczającego uzasadnienia. Należałoby się zatem spodziewać dopuszczenia przez Komisję ustanawiania takich zakazów na cały okres trwania umowy między stronami. Jeżeli ta zmiana okazałaby się dla Komisji zbyt daleko idąca, możliwe jest również wydłużenie dopuszczalnego okresu obowiązywania zakazu konkurencji na przykład do 10 lat lub odejście od ograniczenia w zakresie automatycznego przedłużania tego zakazu, co byłoby skompensowane zagwarantowaniem dystrybutorowi możliwości wypowiedzenia zakazu konkurencji. Również ocena zakazu konkurencji obowiązującego po zakończeniu relacji między stronami może ulec złagodzeniu poprzez rezygnację z ograniczenia go jedynie do lokalu i terenu, na którym prowadzona była dystrybucja, ale również poprzez wydłużenie maksymalnego okresu jego trwania, na przykład do 2 lat.

Zaostrzenia podejścia Komisji można spodziewać się natomiast wobec dopuszczalności stosowania klauzul najwyższego uprzywilejowania. Rozwój dystrybucji w kanale online udowodnił, że jakkolwiek w tradycyjnym kanale klauzule takie nie prowadzą do istotnego ograniczenia konkurencji, tak w przypadku kanałów nowoczesnych nie można przyjąć takiego założenia. Należy zatem przyjąć, że stosowa-

nie klauzul najwyższego uprzywilejowania pozostanie dopuszczalne w zakresie dystrybucji tradycyjnej, natomiast w nowoczesnych kanałach dystrybucji ograniczone może zostać stosowanie szerokich klauzul najwyższego uprzywilejowania. Jednak z dużym prawdopodobieństwem w dalszym ciągu dopuszczalne będzie stosowanie wąskich klauzul najwyższego uprzywilejowania, niezależnie od kanału dystrybucji.

W zakresie modelu dystrybucji selektywnej największych zmian można się spodziewać wobec możliwości stosowania ograniczeń terytorialnych, a także w aspektach związanych z dystrybucją *online*. Można oczekiwać, że w celu zwiększenia efektywności równoległego stosowania przez dostawców różnych modeli dystrybucji Komisja podejmie działania w celu zabezpieczenia działalności dystrybutorów selektywnych przed sprzedażą dokonywaną przez dystrybutorów wyłącznych z innych terytoriów. Zmiana taka dokonana może zostać przykładowo poprzez dopuszczenie stosowania zakazu dokonywania sprzedaży poza terytorium wyłączone, jednak warunkowanego objęciem terytorium docelowego innym systemem dystrybucji tych samych produktów. W aspekcie dystrybucji selektywnej w kanale *online* podstawową zmianą z dużym prawdopodobieństwem będzie dopuszczenie ustanawiania innych wymogów niż wobec dystrybucji tradycyjnej. Niewykluczone jest jednak, że zakres rozbieżności pomiędzy tymi wymogami zostanie ograniczony do określonych sytuacji i aspektów.

Kolejnym modelem dystrybucji, który zostanie objęty znacznymi zmianami, jest franchising. Rozporządzenie VBER nie reguluje bezpośrednio jego problematyki, co prawdopodobnie zmieni się w nowym rozporządzeniu poprzez wyodrębnienie franchisingu jako samodzielnego modelu dystrybucji oraz zawarcie szczegółowych definicji franchisingu i *know-how*. Należałoby się również spodziewać, że nowe rozporządzenie będzie dopuszczać w ramach franchisingu ustanowienie zakazu konkurencji na cały okres trwania umowy franchisingowej. Niewykluczone jest również wydłużenie przez Komisję okresu, przez który dopuszczalne jest stosowanie sztywnych cen odsprzedaży w ramach czasowych promocji. Nowe wytyczne z dużym prawdopodobieństwem zawierać będą również szczegółowe wyjaśnienia dotyczące oceny sytuacji zbiegu różnych modeli dystrybucji, ze szczególnym uwzględnieniem franchisingu i dystrybucji wyłącznej.

Również regulacja modelu dystrybucji wyłącznej prawdopodobnie ulegnie niewielkim zmianom, mimo braku znaczących kontrowersji w jego stosowaniu. Przede wszystkim można się spodziewać, że Komisja, w ramach nowych wytycznych, dokona wyjaśnienia podejścia do oceny sytuacji, w której na jednym terytorium działają wyłączny dystrybutor hurtowy i detaliczni dystrybutorzy selektywni. Prawdopodobnie zmiany nastąpią również w zakresie oceny zakazu prowadzenia aktywnej sprzedaży przez dystrybutora wyłącznego na terytoriach objętych systemem dystrybucji selektywnej.

W zakresie, w jakim nowe rozporządzenie i nowe wytyczne będą dotyczyć dystrybucji poprzez agenta, również nie należy spodziewać się rewolucyjnych zmian. Za najdalej idące uznać należy dopuszczenie stosowania zakazu konkurencji przez cały okres trwania umowy agencyjnej. W nowych wytycznych natomiast zawarty zostanie prawdopodobnie bardziej szczegółowy opis ryzyk ponoszonych przez agenta, z uwzględnieniem poszerzenia ich o szereg praktycznych przykładów ryzyk i kosztów,

które agent może ponosić. Możliwe jest również wyjaśnienie, w ramach nowych wytycznych, kwestii związanych z uznaniem platform internetowych za agentów, co może zostać dokonane również w sekcji dotyczącej dystrybucji online.

Ostatnim z aspektów, których dotyczyć będą najbardziej znaczące zmiany, jest dystrybucja *online*. Przede wszystkim konieczna jest weryfikacja absolutnej ochrony, którą jest ona objęta, poprzez uznanie tego kanału dystrybucji, co do zasady, za sprzedaż pasywną. Nowe rozporządzenie będzie zatem zawierać z dużym prawdopodobieństwem odrębną sekcję dotyczącą dystrybucji w kanale *online*. Można się spodziewać, że dopuszczać będzie ona szersze stosowanie *dual-pricingu*, a także opis ograniczeń, które można nałożyć na dystrybutorów w zakresie dystrybucji *online*. W ramach nowych wytycznych Komisja prawdopodobnie dokona szczegółowego wyjaśnienia kwestii związanych z kwalifikacją dystrybucji internetowej na aktywną oraz pasywną, a także związanych z nałożeniem na dystrybutorów ograniczeń związanych z dystrybucją produktów przy wykorzystaniu platform podmiotów trzecich.

Reasumując, zmiany, które z dużym prawdopodobieństwem znajdują się w nowym rozporządzeniu i nowych wytycznych, nie są tak rewolucyjne jak te wprowadzone rozporządzeniem 2790/1999, jednak doprowadzą do lepszego dostosowania regulacji dotyczących porozumień wertykalnych do realiów rynkowych. Trzeba jednak wskazać, że w okresie obowiązywania rozporządzenia VBER nie dochodziło do znaczących kontrowersji w jego stosowaniu, a wprowadzane zmiany nie wynikają zazwyczaj z negatywnej oceny tego aktu, a raczej ze zmian rynkowych, w szczególności w zakresie rozwoju technologicznego. W związku z tym czas funkcjonowania rozporządzenia VBER należy ocenić, co do zasady, pozytywnie z perspektywy skuteczności oraz kompleksowości uregulowania porozumień wertykalnych, ale słuszność należy oddać również unijnemu prawodawcy, który założył, że po 10 latach obowiązywania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych będzie ono wymagać dostosowania do nowych realiów rynkowych.

Akty prawne:

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U.C 326 z 26.10.2012 r., ss. 47-390

Rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 21 lutego 1962 r. pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu, Dz.U. z 1962 r. Nr 13, ss. 204-211 z późn. zm.

Rozporządzenie Rady nr 19/65/EWG z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz.U.U.E.L. z 1965 r. Nr 36, ss. 533-535 z późn. zm.

Rozporządzenie Komisji nr 67/67/EWG z dnia 22 marca 1967 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień o wyłączności handlowej, Dz.U.U.E. z 1967 r. Nr 57, ss. 849-852.

Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznej dystrybucji, Dz.U.U-E.L. z 1983 r. Nr 173, ss. 1-4.

Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznym zakupie, Dz.U.U.E.L. z 1983 r. Nr 173, ss. 5-11.

Dyrektywa Rady z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek, Dz.U.L 382 z 31.12.1986, ss. 17-21.

Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z dnia 30 listopada 1988 r., w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii umów franchisingowych, Dz.U.L 359 z 28.12.1988, ss. 46-52.

Rozporządzenie Komisji nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.U. UE.L. z 1999 r. Nr 336, ss. 21-25 z późn. zm.

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.U.L 1 z 4.01.2003, ss. 1-25.

Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.U.L 102 z 23.04.2010, ss. 1-7.

Dokumenty Komisji oraz Parlamentu Europejskiego:

Commission Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, 8.09.2020, SWD(2020) 172 final.

Dokument informacyjny Parlamentu Europejskiego „Małe i średnie przedsiębiorstwa”, https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pl/FTU_2.4.2.pdf [dostęp: 29.05.2021 r.].

Komunikat Komisji z dnia 13 kwietnia 1984 r. *Zawiadomienie dotyczące rozporządzeń Komisji nr 1983/83 i nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii umów o wyłącznej dystrybucji i wyłącznym zakupie*, Dz.U.C 101 z 13.04.1984, ss. 2-10.

Komunikat Komisji z dnia 30 sierpnia 2014 r. *Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz.U.C 291 z 30.08.2014, ss. 1-4.

Obwieszczenie Komisji z dnia 13 października 2000 roku - wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.U.U.E.C. z 2000 r. Nr 291, ss. 1-44.

Obwieszczenie z dnia 24 grudnia 1962 r. w sprawie umów na wyłączność z przedstawicielstwami handlowymi, Dz.U.139 z 1962 r. nr 139, ss. 2921-2922.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie polityki konkurencji - sprawozdanie roczne za 2019 r. 2019/2131(INI).

Support studies for the evaluation of the VBER, final report, 2020, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0420219enn.pdf> [dostęp: 30.05.2020 r.].

Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z dnia 14 stycznia 2011 roku, Dz.U.U.E.C. z 2011 r. Nr 11, ss. 1-72 z późn. zm.

Zawiadomienie Komisji z dnia 10 czerwca 2000 r. w sprawie przyznania wyłączenia indywidualnego w sprawie *Sammelrevers* i *Einzelrevers*, Dz.U.C 162 z 10.06.2000, ss. 25- 26.

Zielona Księga w sprawie ograniczeń wertykalnych w polityce konkurencji Wspólnoty Europejskiej, COM(96) 721.

Orzeczenia TSUE oraz Sądu:

Wyrok TSUE z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.)* przeciwko *Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECLI:EU:C:1966:38.

Wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 1967 r. w sprawie 23/67 *SA Brasserie de Haecht* przeciwko *Consorts Wilkin-Janssen*, ECLI:EU:C:1967:54.

Wyrok TSUE z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawie 56 i 58/64 *Établissements Consten S.à.R.L.* i *Grundig-Verkaufs-GmbH* przeciwko Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, ECLI:EU:C:1966:41.

Wyrok TSUE z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage Corporation* i *Continental Can Company Inc.* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1973:22.

Wyrok TSUE z dnia 3 lutego 1976 r. w sprawie 63/75 *SA Fonderies Roubaix Wattrelos* przeciwko *Société nouvelle des Fonderies A. Roux* i *Société des Fonderies JOT*, ECLI:EU:C:1976:15, pkt 19.

- Wyrok TSUE z dnia 1 lutego 1977 r. w sprawie 47/76 Époux de Norre przeciwko N.V. Brouwerij Concordia, ECLI:EU:C:1977:11.
- Wyrok TSUE z dnia 25 października 1977 r. w sprawie 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1977:167.
- Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 1980 r. w sprawie 30/78 Distillers Company Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1980:186.
- Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 1980 r. w sprawie 31/80 NV L'Oréal i SA L'Oréal przeciwko PVBA „De Nieuwe AMCK”, ECLI:EU:C:1980:289.
- Wyrok TSUE z dnia 25 października 1983 r. w sprawie 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1983:293.
- Wyrok TSUE z dnia 3 lipca 1985 r. w sprawie 243/83 SA Binon & Cie przeciwko SA Agence et messageries de la presse, ECLI:EU:C:1985:284.
- Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 Remia BV i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1985:327.
- Wyrok TSUE z dnia 3 lipca 1986 r. w sprawie 161/84 Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1986:41.
- Wyrok TSUE z dnia 1 października 1987 r. w sprawie 311/85 ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus przeciwko ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, ECLI:EU:C:1987:418.
- Wyrok TSUE z dnia 28 lutego 1991 r., w sprawie C-234/89 Stergios Delimitis przeciwko Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91.
- Wyrok TSUE z dnia 13 stycznia 1994 r. w sprawie C-376/92 T-19/92 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Cartier SA, ECLI:EU:C:1994:5.
- Wyrok TSUE z dnia 24 października 1995 r., w sprawie C-266/93 Bundeskartellamt przeciwko Volkswagen AG i VAG Leasing GmbH, ECLI:EU:C:1995:345.
- Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-88/92 Groupement d'achat Édouard Leclerc v Commission of the European Communities, ECLI:EU:T:1996:192.
- Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 15 września 2005 r. w sprawie T-325/01 DaimlerChrysler AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:T:2005:322.
- Wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-74/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Volkswagen AG, ECLI:EU:C:2006:460.
- Wyrok TSUE z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-167/04 JCB Service przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:2006:594.
- Wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784.
- Wyrok TSUE z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA przeciwko LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485.

Wyrok TSUE z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-260/07 Pedro IV Servicios SL przeciwko Total España SA, ECLI:EU:C:2009:215.

Wyrok TSUE z dnia 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS przeciwko Président de l’Autorité de la concurrence i Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi, ECLI:EU:C:2011:649.

Wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-158/11 Auto 24 SARL przeciwko Jaguar Land Rover France SAS, ECLI:EU:C:2012:351.

Wyrok TSUE z dnia 13 maja 2015 r. w sprawie T-162/10 Niki Luftfahrt GmbH przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2015:283.

Wyrok TSUE z dnia 6 grudnia 2017 r. w sprawie C-230/16 Coty Germany GmbH przeciwko Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941.

Wyrok TSUE z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie Generics (UK) Ltd i in. przeciwko Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:52.

Decyzje Komisji:

Decyzja Komisji nr 64/566/EWG z dnia 23 września 1964 r. w sprawie IV-A/00004-03344 Grundig-Costen, Dz.U.U.E.L. z 1964 r. Nr 161, ss. 2545-2553.

Decyzja Komisji nr 65/426/EWG z dnia 17 września 1965 r. w sprawie IV/A-02702 Hummel-Isbecque, Dz.U.U.E.L. z 1965 r. Nr 156, ss. 2581-2584.

Decyzja Komisji nr 66/5/EWG z dnia 17 grudnia 1965 r. w sprawie IV/A-22491 Ma-ison Jallatte S.A. - Hans Voss KG, Dz.U.U.E.L. z 1966 r. Nr 3, ss. 37-40.

Decyzja Komisji nr 76/159/EWG z dnia 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 Saba, Dz.U. L. 28 z 1976 r. Nr 19, ss. 19-30.

Decyzja Komisji nr 87/407/EEC z dnia 13 lipca 1987 r. w sprawie IV/32.034 - Computerland, Dz.U.L 222 z 10.08.1987 r., ss. 12-23.

Decyzja Komisji nr 88/84/EEC z dnia 22 grudnia 1987 r. w sprawie IV/31.914 - ARG/Unipart, Dz.U.L 45 z 18.02.1988 r., ss. 34-41.

Decyzja Komisji nr 88/604/EEC z dnia 14 listopada 1988 r. w sprawie IV/32.358 - ServiceMaster, Dz.U.L 332 z 3.12.1988 r., ss. 38-42.

Decyzja Komisji 2001/711/EC z dnia 29 czerwca 2001 roku w sprawie COMP/F-2/36.693 - Volkswagen, Dz.U.L 262 z 2.10.2001 r., ss. 14-37.

Decyzja Komisji 2002/758/WE z dnia 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 Mercedes-Benz, Dz.U.WE L 257 z 2002 r., s. 1-47.

Decyzja Komisji nr 2003/675/EC z dnia 30 października 2002 r. w sprawach COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution and COMP/36.321 Omega - Nintendo, Dz.U.L 255 z 8.10.2003 r., ss. 33-100.

Decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO/Yamaha.

Decyzja Komisji z dnia 25 lipca 2013 r. w sprawie COMP/39.847/E-BOOKS, Dz.U.C 378 z 24.12.2013 r., ss. 25-28.

Decyzja Komisji z dnia 25 marca 2019 roku w sprawie AT. 40436 - Ancillary Sports Merchandise.

Decyzje krajowych organów ochrony konkurencji:

Decyzja Autorité de la concurrence nr 15-D-11 z dnia 24 czerwca 2015 r.

Decyzja Bundeskartellamt z dnia 26 sierpnia 2015 r. w sprawie B2-98/11 ASICS.

Decyzja Konkurentsiamet z dnia 20 marca 2009 r. w sprawie 5.1-5/09-0009, Otten-der & Valgmäe.

Decyzja UK Competition and Markets Authority z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie CE/9856-14, ITW.

Wydawnictwa zwarte:

Bailey D., John L.E., *Bellamy & Child: European Community law of competition*, Oxford 2018.

Bishop S., Walker M., *The economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 2002.

Decker Ch., *Economics and the enforcement of European competition law*, Cheltenham 2009.

Elhauge E., Geradin D., *Global competition law and economics*, Oxford 2007.

Faull J., Nikpay A., *The EU law of competition*, Oxford 2014.

Goyder D.G., *EC competition law*, Oxford 2003.

Jones A., Sufrin B., Dunne N., *EU competition law, text, cases, and materials*, Oxford 2019.

Jurkowska A., Skoczny T., *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008.

Jurkowska-Gomułka A., Skoczny T., *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.

Knight F., *Risk, uncertainty and profit*, Boston 1921.

Kohutek K., *Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX, 2008.

Kohutek K., *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX, 2016.

Korah V., *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford 2000.

Kostecka-Jurczyk D., *Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji*, Wrocław 2014.

Krzyżewski T., *Zakaz konkurowania w polskim i unijnym prawie antymonopolowym*, Warszawa 2020.

Miąsik D., *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012.

Pace L., *European Antitrust Law*, Northampton 2007.

Sauter W., *Competition law and industrial policy in the EU*, Oxford 2003.

Shughart W.F. II, *Antitrust policy and interest-group politics*, New York 1990.

Skubisz R., Skrzydło-Tefelska E., *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, Lublin 2004.

Tokarczyk R., *Filozofia prawa*, Białystok 1996.

Wijckmans F. et al., *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska - Polska*, tłum. Jurkowska-Gomułka A., Modzelewska de Raad M., Szejnert-Roszak O., Warszawa 2018.

Wish R., *Competition Law*, Londyn 2001.

Wish R., *Competition Law*, Londyn 2009.

Ziembiński Z., *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990.

Artykuły:

Blair R.D., Wang W., *Resale Price Maintenance: An Economic Analysis of its Anti-competitive Potential*, Review of Industrial Organization, vol. 50, issue 2, 2017.

Błachucki M., *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, „Ekonomia i Prawo”, Tom XII, nr 2/2013.

Ehlermann C.D., *The contribution of EC competition policy to the single market*, “Common Market Law Review”, vol. 29, issue 2, 1992.

Hederström J., Peeperkorn L., *Vertical Restraints in On-line Sales: Comments on Some Recent Developments*, “Journal of European Competition Law & Practice”, vol. 7, issue 1 (2016).

Małobęcka-Szwast I., *Hub-and-spoke cartel - how to assess horizontal collusion in disguise?*, “Krytyka Prawa”, vol. 8, issue 2, 2016.

Skoczny T., *Wprowadzenie [w:] Prawo konkurencji: teksty jednolite z indeksem rzeczowym*, Warszawa 1995.

Szmiągalski A., *Regulacja dystrybucji selektywnej a ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym w świetle unijnego prawa konkurencji*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego, rok XV, nr 2, 2016.

Walker M., *Case Comment. The Importance of a Theory of Harm*, “European Competition Law Review”, vol. 31, issue 10, 2010.

Zawłocka-Turno A., Turno B., *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot)*

w *prawie unijnym*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, rok LXXIII, zeszyt 4, 2011.

Pozostałe źródła:

Europejski Kodeks Etyki Franczyzy Europejskiej Federacji Franczyzy, <https://franczyza.org.pl/europejski-kodeks-etyki-udzielania-franczyzy/> [dostęp: 30.05.2021 r.].


Opinia rzecznika generalnego Mazák z dnia 3 marca 2011 r. w sprawie C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS przeciwko Président de l’Autorité de la concurrence i Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi, ECLI:EU:C:2011:113.

Opinia rzecznika generalnego VerLoren van Themaat z dnia 19 czerwca 1985 r. w sprawie 161/84 Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1985:261.

Raport OECD: Narzucanie cen odsprzedaży, OCDE/GD(97)229.

Stanowisko Euro Commerce z dnia 28 września 2009 r w sprawie umów wertykalnych.

Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007).



Jan Siesicki – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Aplikant adwokacki przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie. Dotychczasowe doświadczenie zdobywał między innymi w największych polskich kancelariach prawnych, a także jako stażysta w Parlamencie Europejskim w Brukseli. Zawodowo specjalizuje się w prawie konkurencji, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki niedozwolonych porozumień, kontroli koncentracji oraz przewagi kontraktowej.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

ISBN 978-83-64681-36-3

