



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

OGRANICZENIA WERTYKALNE NAKŁADANE NA SPRZEDAŻ INTERNETOWĄ W SYSTEMACH DYSTRYBUCJI SELEKTYWNEJ

Jakub Sadurski

Warszawa 2019

OGRANICZENIA WERTYKALNE NAKŁADANE NA SPRZEDAŻ INTERNETOWĄ W SYSTEMACH DYSTRYBUCJI SELEKTYWNEJ

Jakub Sadurski



Warszawa 2019

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

Copyright 2019 Jakub Sadurski. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Praca magisterska napisana pod kierunkiem prof. UW dr. hab. Roberta Grzeszczaka

ISBN 978-83-64681-15-8

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1 < 00-950 Warszawa
tel. 22 55 60 800 < uokik@uokik.gov.pl
www.uokik.gov.pl

Druk, skład i oprawa:
Drukarnia Piotra Włodarskiego
ul. Ksawerów 21
02-656 Warszawa
Tel. 22 853 50 98, 22 566 42 40

Spis treści

Wykaz skrótów	8
Wprowadzenie	9
Rozdział I: Ekonomiczne uwarunkowania sprzedaży internetowej. Perspektywy rozwoju rynku e-commerce w Unii Europejskiej	11
1.1. Specyfika sprzedaży internetowej i jej wpływ na konkurencję	11
1.2. E-commerce w procesie integracji gospodarczej UE	14
1.3. Ewolucja systemów dystrybucji selektywnej w obliczu rozwoju sprzedaży internetowej	17
1.4. Podsumowanie	18
Rozdział II: Ekonomiczne i prawne aspekty ograniczeń wertykalnych	20
2.1. Ekonomiczne aspekty ograniczeń wertykalnych	20
2.2. Ograniczenia wertykalne w świetle przesłanek zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE	27
2.3. Ograniczenia wertykalne w świetle przesłanek zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE	35
2.4. Wyłączenia grupowe jako przykład ekonomicznego podejścia do ograniczeń wertykalnych.	41
2.5. Podsumowanie: ograniczenia wertykalne na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję.	45
Rozdział III: Dystrybucja selektywna jako szczególna kategoria porozumień wertykalnych	46
3.1. Ogólna charakterystyka dystrybucji selektywnej	46
3.2. System dystrybucji selektywnej a inne ograniczenia wertykalne odnoszące się do dystrybucji	48

3.3. Ocena legalności systemów dystrybucji selektywnej na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE	50
3.4. Ocena legalności systemów dystrybucji selektywnej w reżimie rozporządzenia nr 330/2010	58
3.5. Możliwość uzyskania przez system dystrybucji selektywnej wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE	64
3.6. Podsumowanie	66
Rozdział IV: Ograniczenia nakładane na uczestników systemu dystrybucji selektywnej odnoszące się do sprzedaży internetowej	68
4.1. Uwagi wprowadzające. Zasada ekwiwalencji	68
4.2. Ocena legalności ograniczeń nakładanych na sprzedaż internetową	71
4.2.1. Ograniczenia w korzystaniu z internetu jako kanału dystrybucji	72
4.2.2. Ograniczenia w zakresie wzajemnych relacji między sprzedażą internetową i stacjonarną	85
4.2.3. Ograniczenia dotyczące technicznych aspektów prowadzenia sprzedaży internetowej, zawartości i wyglądu prowadzonych przez dystrybutorów stron internetowych	88
4.2.4. Ograniczenia dotyczące obsługi klienta w sklepach internetowych	89
4.3. Podsumowanie	90
Wnioski	91
Bibliografia	95
Akty prawne.	99
Dokumenty Komisji	100
Orzeczenia Trybunału i Sądu	101
Opinie Rzeczników Generalnych.	103

Decyzje Komisji	103
Orzeczenia sądów krajowych.	104
Decyzje i inne dokumenty krajowych organów do spraw ochrony konkurencji	105
Źródła internetowe	106

Wykaz skrótów

CMLR – Common Market Law Review

ECLR – European Competition Law Review

EPS – Europejski Przegląd Sądowy

IKAR – Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny

JECLAP – Journal of European Competition Law & Practice

NZKart – Neue Zeitschrift für Kartellrecht

PEwP – Prawo Europejskie w Praktyce

PPH – Przegląd Prawa Handlowego

PPUW – Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego

WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis

WuW – Wirtschaft und Wettbewerb

ZVertriebsR – Zeitschrift für Vertriebsrecht

ZWeR – Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Wprowadzenie

Celem badawczym tej pracy jest określenie, w jaki sposób prawo konkurencji Unii Europejskiej reguluje kwestie związane z ograniczeniami sprzedaży internetowej, nakładanymi na podmioty działające w ramach sieci dystrybucji selektywnej. Rozwój technologii cyfrowych doprowadził bowiem do powstania nowych modeli biznesowych oraz do zwiększenia efektywności produkcji i dystrybucji dóbr. Okoliczności te mają duży wpływ na konkurencję. Chciałbym przeanalizować, czy obowiązujące w tym zakresie prawo przyczynia się w odpowiednim stopniu do zagwarantowania konsumentom korzyści wynikających z rozwoju *e-commerce*, a zarazem czy stosowanie reguł prawa konkurencji nie prowadzi do nadmiernego i nieuzasadnionego ograniczenia swobody działalności przedsiębiorstw, które wykorzystują dystrybucję selektywną. W swojej pracy będę starał się wykazać, że wykorzystywanie do analizy legalności ograniczeń odnoszących się do wykorzystywania *e-commerce* przez uczestników systemów dystrybucji selektywnej konstrukcji prawnych wypracowanych w czasach, kiedy sprzedaż internetowa jeszcze nie istniała, nie jest rozwiązaniem skutecznym i należy rozważyć zmianę prawa w tym zakresie.

Rozdział I ma charakter wprowadzający. Omówione zostaną charakterystyczne cechy sprzedaży internetowej i ich wpływ na konkurencję na tym rynku. Ponadto przedstawione zostaną dane dotyczące rozwoju *e-commerce* w Unii Europejskiej oraz okoliczności stanowiące bariery dla rozwoju nowoczesnych form dystrybucji towarów. W tym świetle ukazana zostanie ewolucja systemów dystrybucji selektywnej stosowanych przez przedsiębiorstwa działające w UE w obliczu rozwoju sprzedaży internetowej.

Ponieważ umowy o dystrybucji selektywnej stanowią formę porozumienia między podmiotami znajdującymi się na różnych szczeblach obrotu (porozumienia wertykalne), w rozdziale II dokonana zostanie szczegółowa charakterystyka porozumień wertykalnych i zawartych w nich ograniczeń konkurencji. Będę się starał wykazać prawdziwość twierdzenia, że porozumienia wertykalne stanowią mniejsze zagrożenie dla skutecznej konkurencji, niż te zawierane między bezpośrednimi konkurentami (porozumienia horyzontalne) i dlatego te dwa rodzaje porozumień powinny być inaczej traktowane przez prawo konkurencji. W tym celu odniosę się do dorobku nauk ekonomicznych. Następnie omówione zostanie szczegółowo to, w jaki sposób porozumienia wertykalne regulowane są przez prawo Unii Europejskiej w celu pokazania, czy w ogóle i jeśli tak, to na którym etapie stosowania reguł prawa konkurencji brane są pod uwagę pozytywne aspekty porozumień wertykalnych.

Rozdział III zawierać będzie szczegółową charakterystykę dystrybucji selektywnej. Omówione zostaną kluczowe elementy porozumienia między producentem a dystrybutorami. Poprzez odniesienie dystrybucji selektywnej do innych modeli biznesowych, takich jak działalność w oparciu o zintegrowane przedsiębiorstwo oraz posługiwanie się umowami agencyjnymi, zaprezentowane zostaną korzyści gospodarcze płynące z wykorzystania tej formy dystrybucji. W następnej kolejności omówione zostanie to, w jakich okolicznościach systemy dystrybucji selektywnej

stanowią element konkurencji zgodny z art. 101 ust. 1 TFUE oraz w jakich sytuacjach podlegają wyłączeniu grupowemu na mocy rozporządzenia nr 330/2010.

Rozdział IV stanowi główną merytorycznie oś rozważań tej pracy. Zostaną w nim omówione ograniczenia odnoszące się do korzystania ze sprzedaży internetowej nakładane na uczestników dystrybucji selektywnej. Poszczególne ograniczenia będą oceniane z wykorzystaniem przedstawionych w poprzednim rozdziale uwag dotyczących przesłanek legalności systemów dystrybucji selektywnej. Wśród opisywanych ograniczeń szczególne znaczenie ma tematyka dopuszczalności wprowadzenia w ramach sieci dystrybucji selektywnej zakazu dystrybucji za pośrednictwem platform internetowych. Zagadnienie to było bowiem przedmiotem wydanego w grudniu 2017 roku orzeczenia Trybunału w sprawie *Coty Germany*.

Zagadnienia podejmowane w niniejszej pracy mają dużą doniosłość praktyczną i są stale dyskutowane w literaturze. W polskim piśmiennictwie opisywana przeze mnie tematyka nie jest dostatecznie omówiona, częściowo z tego powodu, że stosowanie dystrybucji selektywnej przez podmioty działające na rynku polskim nie jest jeszcze aż tak powszechnym zjawiskiem. Przy pisaniu pracy opierałem się w przeważającej mierze na literaturze zagranicznej. Problematyka ograniczeń nakładanych na sprzedaż internetową w systemach dystrybucji selektywnej jest dyskutowana w szczególności w piśmiennictwie niemieckim, ponieważ w tym państwie zapada dużo decyzji administracyjnych i orzeczeń sądowych dotyczących tego zagadnienia, co związane jest ze stosunkowo dużym rozpowszechnieniem dystrybucji selektywnej wśród przedsiębiorców prowadzących działalność w Niemczech.

Przy pisaniu niniejszej pracy wykorzystana została przede wszystkim metoda formalno-dogmatyczna. Głównym przedmiotem analizy były art. 101 TFUE oraz przepisy rozporządzenia Komisji nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych¹. Duże znaczenie dla opisywanej tematyki mają także towarzyszące rozporządzeniu wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych², w których Komisja odnosi się wprost do zjawiska sprzedaży internetowej. Obok wykładni gramatycznej, przy omawianiu niektórych zagadnień odwoływałem się także do wykładni komparatystycznej, porównując różne wersje językowe unijnych aktów prawnych. Ze względu na specyfikę prawa UE w dużym stopniu wykorzystywane były także wykładania systemowa i celowościowa. Ponieważ zgadzam się z postulatami porzucenia formalistycznego podejścia w prawie konkurencji, w swojej pracy odwołuję się również do dorobku nauk ekonomicznych.

Opisywana przeze mnie tematyka stanowi część bardziej ogólnego i wykraczającego poza ramy poszczególnych dyscyplin prawa zagadnienia, które mnie interesuje. Pewne konstrukcje prawne nie uległy zasadniczej zmianie, pomimo dynamicznego rozwoju technologicznego i społecznego, który dokonał się w ostatnim wieku. Czy pojawienie się internetu jest rewolucją na tyle dużą, że tym razem powinno dojść do zmiany paradygmatu? Innymi słowy, czy prawo musi „nadażać” za internetem?

1 Rozporządzenie 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, Dz. Urz. UE L 102/1 z 23.4.2010 r. Dalej jako „Rozporządzenie nr 330/2010”.

2 Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, SEK(2010) 411 wersja ostateczna. Dalej jako „Wytyczne wertykalne”.

Rozdział I: Ekonomiczne uwarunkowania sprzedaży internetowej.

Perspektywy rozwoju rynku *e-commerce* w Unii Europejskiej

Przedmiotem niniejszego rozdziału będzie wyodrębnienie i analiza charakterystycznych cech sprzedaży internetowej oraz określenie ich wpływu na konkurencję. Następnie przedstawione zostaną założenia strategii jednolitego rynku cyfrowego oraz zaprezentowane dane statystyczne dotyczące znaczenia *e-commerce* w Unii Europejskiej. Na koniec rozdziału podejmę się zadania omówienia barier dla dalszego rozwoju sprzedaży internetowej, zarówno tych kreowanych przez działania władzy publicznej, jak i pochodzące od podmiotów prywatnych. W tym świetle przedstawione zostaną dane liczbowe dotyczące ewolucji systemów dystrybucji selektywnej w odpowiedzi na rozwój *e-commerce*.

1.1. Specyfika sprzedaży internetowej i jej wpływ na konkurencję

Rozwój technologii cyfrowych doprowadził do głębokich zmian w wielu aspektach naszego życia, w tym także w obszarze dystrybucji dóbr. W pierwszej kolejności należy zidentyfikować charakterystyczne cechy sprzedaży internetowej, które odróżniają ją od tradycyjnych form dystrybucji. Istnienie tych różnic ma bowiem istotny wpływ na konkurencję na rynku sprzedaży detalicznej.

Korzystanie ze sprzedaży internetowej prowadzi w większości przypadków do znacznego zwiększenia geograficznego zasięgu działalności danego podmiotu. Dostęp do tego kanału dystrybucji daje szansę powodzenia w prowadzeniu sprzedaży towarów o bardzo wąskiej grupie odbiorców³, co nie byłoby możliwe w przypadku sprzedaży stacjonarnej, ze względu na niski popyt i stosunkowo wysokie koszty stałe. W tym kontekście należy również zwrócić uwagę, że istnienie *e-commerce* stanowi dużą zaletę dla mieszkańców obszarów wiejskich oraz mniejszych miast⁴.

Sprzedaż internetowa wpływa również pozytywnie na zjawisko asymetrii informacji. Korzystanie z wyszukiwarek i tak zwanych porównywarek cen pozwala konsumentom na zapoznanie się przed dokonaniem zakupu z dużo większą liczbą ofert, niż w przypadku tradycyjnych form dystrybucji. Ponadto w wielu przypadkach prezentacja produktów w internecie jest lepsza niż w stacjonarnym punkcie sprzedaży. Zawarte na stronie sprzedawcy dokładne zdjęcia oraz wyczerpujący opis produktu mogą dostarczyć więcej informacji niż krótka rozmowa z pracownikiem sklepu. Co więcej internet nie tylko ułatwia komunikację między klientem a sprzedawcą, ale – co ważniejsze – umożliwia wymianę informacji

³ Jako przykład można wskazać artykuły dla hobbystów, np. do wyrobu domowego piwa.

⁴ Zob. np. J. Kolko, *The Death of Cities? The Death of Distance? Evidence from the Geography of Commercial Internet Usage*, Selected Papers from the Telecommunications Policy Research Conference 1999, s. 11, 14-22.

między konsumentami. Możliwość dodawania opinii na temat zakupionych produktów, dokonywanie ich ocen, recenzje towarów na portalach internetowych oraz korzystanie z forów dyskusyjnych przyczynia się do poprawy świadomości konsumentów, prowadząc jednocześnie do wywierania presji na producentów i sprzedawców. Jak słusznie wskazuje A. Szmigielski, zwiększona przejrzystość informacji może być jednak również wykorzystywana przez przedsiębiorców (konkurentów) w celu koordynowania swoich działań, co może przynieść szkodę konsumentom⁵.

Jednocześnie należy wskazać, że w przypadku niektórych kategorii towarów wykorzystanie internetu przy dokonywaniu zakupów wiąże się z nasileniem zjawiska asymetrii informacji. Jako przykład można wskazać towary wymagające wypróbowania przed zakupem (obuwie, ubrania). Wielu sprzedawców reaguje jednak na ten problem umożliwiając zwrot zakupionego towaru na preferencyjnych warunkach (wydłużony termin, darmowy zwrot).

Internet przyczynia się do zmniejszenia kosztów dystrybucji towarów i tym samym ułatwia dostęp do rynku. Utworzenie sklepu *online* wymaga od przedsiębiorcy znacznie mniejszych nakładów finansowych potrzebnych na rozpoczęcie działalności, których nie da się odzyskać w razie niepowodzenia przedsięwzięcia (koszty utopione ang. *sunk costs*). Samo prowadzenie działalności za pośrednictwem portalu internetowego również wiąże się z niższymi kosztami. Przede wszystkim wskazać należy na brak konieczności ponoszenia wydatków związanych z posiadaniem stacjonarnego punktu sprzedaży (wynajem powierzchni handlowej i inne opłaty). Ze względu zaś na zwiększony zasięg terytorialny oferty przedsiębiorców działających na rynku *e-commerce*, alokacja środków na reklamę będzie bardziej efektywna, niż w przypadku sprzedaży za pośrednictwem sklepu fizycznego. Sprzedawcy internetowi mogą również oferować swoim klientom szerszy asortyment produktów⁶.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej różnice między sprzedażą internetową a tradycyjnymi formami dystrybucji towarów należy wskazać, że *e-commerce* przyczynia się w dużej mierze do zwiększenia konkurencji cenowej między przedsiębiorcami, co bezpośrednio wpływa na poprawę dobrobytu konsumentów. Okoliczność ta ma bardzo istotne znaczenie na gruncie tematyki tej pracy, ponieważ kluczowym elementem opisywanej w dalszych częściach kategorii dystrybucji selektywnej jest ograniczenie konkurencji cenowej i wspieranie innych form konkurencji.

Niezależnie od powyższego warto omówić także specyficzne cechy rynku *e-commerce*, które nie znajdują odzwierciedlenia na gruncie tradycyjnych form dystrybucji. Na gruncie usług świadczonych *online* występuje tak zwany efekt sieciowy (ang. *network effect*). Polega on na tym, że atrakcyjność pewnego dobra lub usługi rośnie wraz ze wzrostem liczby jego użytkowników. Jednocześnie osiągnięcie odpowiedniego

5 A. Szmigielski, *Regulacja dystrybucji selektywnej a ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym w świetle unijnego prawa konkurencji*, PPUW 2/2016, s. 481.

6 W tym kontekście zob. *Commission Staff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, pkt 158-160. Komisja wskazuje, że około 21 procent respondentów oferuje większą liczbę modeli danego produktu za pośrednictwem sklepu internetowego niż w przypadku sklepu stacjonarnego.

zasięgu jest warunkiem powodzenia danego przedsięwzięcia⁷. W związku z tym na rynkach, na których występuje efekt sieci dochodzi do powstania monopolu lub wąskiego oligopolu⁸.

Przejawem występowania *network effect* na rynku sprzedaży internetowej jest powstanie tak zwanych platform internetowych⁹. Mianem tym określa się model biznesowy, który opiera się na pośredniczeniu w transakcjach sprzedaży dóbr (platformy zakupowe) oraz usług (platformy rezerwacyjne) poprzez stworzoną specjalnie w tym celu infrastrukturę cyfrową. Serwisy tego typu działają w sposób dwustronny, udostępniając sprzedawcom możliwość wyświetlania swoich ofert na stronie internetowej operatora platformy. Usługa świadczona nabywcom polega natomiast na prezentowaniu asortymentu pochodzącego od większej liczby przedsiębiorców w przystępny sposób i udostępnieniu narzędzi ułatwiających wyszukanie interesującej danego klienta oferty. Współcześnie działalność platform wykracza poza opisane powyżej usługi. Podkreślenia wymaga to, że coraz częściej operatorzy tych serwisów wykorzystują zdobytą pozycję i informacje o zachowaniach konsumentów oraz przedsiębiorców na obsługiwanych przez nich rynkach, aby rozszerzyć swoją działalność i wejść na rynek sprzedaży dóbr lub usług.

W działalności platform ogniskują się wszystkie przedstawione powyżej zalety sprzedaży internetowej dla konsumentów. Ponieważ aby odnieść sukces, platforma musi mieć odpowiednio dużą liczbę użytkowników, dochodzi do pełnego wykorzystania zasięgu geograficznego sprzedaży internetowej. Rzeczywiście, wiele znanych platform internetowych ma zasięg ponadnarodowy, a czasem wręcz globalny, tym samym przyczyniając się do rozwoju handlu transgranicznego. Z punktu widzenia użytkowników tych serwisów dużą zaletą korzystania z platform są obniżone koszty i czas wyszukiwania. Konsument nie musi samodzielnie przeglądać wielu stron internetowych w celu znalezienia najkorzystniejszej oferty. Ponadto wyświetlanie szerokiej gamy produktów w jednym miejscu zwiększa presję na konkurencję cenową.

Korzystanie z platform internetowych stwarza również korzyści dla przedsiębiorców, w szczególności tych małych. Wykorzystanie infrastruktury cyfrowej podmiotu trzeciego pozwala zaoszczędzić koszty związane ze stworzeniem w pełni funkcjonalnej strony internetowej, zapewniającej bezpieczeństwo zakupów oraz transport zamówionych towarów na korzystnych warunkach. Ze względu na siłę rynkową i rozpoznawalność platform internetowych zwiększa się terytorialny zasięg danego sprzedawcy, bez potrzeby ponoszenia dodatkowych wydatków na reklamę.

7 L. Kumkar, *Vertikale Beschränkungen im Plattformvertrieb – Ist die Vertikal-GVO gerüstet für die Plattform Revolution?* NZKart, 2/2017, s. 48.

8 C. Ahlborn, *Competition policy in the new economy: is European competition law up to challenge?* ECLR, vol. 22 (2001), is. 5, s. 159.

9 Zob. szerzej B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010, s. 58-63, 78-83, 96-107.

1.2. E-commerce w procesie integracji gospodarczej UE

Przyjęta przez Komisję w dniu 6 maja 2015 roku strategia jednolitego rynku cyfrowego¹⁰ ma doprowadzić do rozciągnięcia zapoczątkowanego Jednolitym Aktem Europejskim¹¹ procesu budowy rynku wewnętrznego także na „świat wirtualny”. Strategia ta opiera się na trzech filarach. Jednym z nich jest ułatwienie konsumentom nabywania towarów i usług drogą elektroniczną. Aby to osiągnąć należy zidentyfikować i zlikwidować nie tylko bariery regulacyjne ustanowione przez władze państw członkowskich, lecz także te tworzone przez przedsiębiorstwa prywatne.

Rynek *e-commerce* ma ogromny potencjał i jego pełne wykorzystanie może istotnie przyczynić się do poprawy wzrostu gospodarczego w państwach członkowskich. Komisja szacuje, że budowa jednolitego rynku cyfrowego przyczyni się do wzrostu unijnej gospodarki o 415 miliardów euro rocznie¹².

W porównaniu z rokiem 2007, w roku 2016 odsetek osób w przedziale wiekowym 16-74, które nabyły dobra lub usługi za pośrednictwem internetu, zwiększył się z 30 do 55 procent¹³. Rozkład tych statystyk pomiędzy poszczególne państwa członkowskie pokazuje duże, choć – co jest bardzo istotne – coraz szybciej zacierające się różnice między poszczególnymi państwami.

Również liczba przedsiębiorstw, które są aktywne na rynku sprzedaży *online*. Badania Eurostatu wskazują, że w 2008 roku 13 procent przedsiębiorstw (w 28 państwach UE) angażowało się w *e-commerce*, podczas gdy w roku 2016 odsetek ten wyniósł już 20 procent¹⁴. Jednocześnie w niektórych państwach Unii liczba ta osiągnęła już powyżej 30 procent (Irlandia, Szwecja, Dania)¹⁵.

Wartość europejskiego¹⁶ rynku *e-commerce* w roku 2014 wyniosła 402 miliardy euro¹⁷. Można zaobserwować bardzo dużą dynamikę wzrostu – w 2015 roku rynek sprzedaży internetowej w Europie był bowiem wart 455 miliardy euro, natomiast w roku 2016 już 530 miliardów euro¹⁸. Dla porównania, w Stanach Zjednoczonych w roku 2014 wartość tego rynku wyniosła 362 miliardy euro. Biorąc pod uwagę różnice między populacją Europy (ok. 720 milionów) a USA (ok. 320 milionów) można dojść do wniosku, że rynek europejski ma jeszcze duży potencjał dla dalszego rozwoju.

10 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 6 maja 2015 r. Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy, COM(2015) 192 final (Strategia JRC). Zob. szerzej, A. Szmigielski, *Jednolity rynek cyfrowy jako wyzwania dla prawa konkurencji UE*, PEwP 2/2016.

11 Dz. Urz. WE. L 169/1 z 29.06.1987 r.

12 Informacja pochodzi ze strony https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_pl, data dostępu 18.05.2018 r.

13 Dane Eurostat dotyczące wykorzystywania technologii informacyjnych i komunikacyjnych przez gospodarstwa domowe i osoby fizyczne, dostępne na stronie http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals, data dostępu 19.05.2018 r.

14 Eurostat, E-commerce statistics, Figure 1, dostępne na stronie https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics, data dostępu 18.05.2018 r.

15 Informacja pochodzi ze strony <https://ec.europa.eu/eurostat>, data dostępu 19.05.2018 r.

16 Przedstawione poniżej liczby będą się odnosiły także do państw niebędących członkami UE.

17 Dane ze strony http://www.pi.gov.pl/PARP/chapter_86197.asp?soid=0374ECD76CD142E19588D834CEB7AB4F, data dostępu 19.05.2018 r.

18 European Ecommerce Report, informacja ze strony <https://www.ecommerce-europe.eu/press-item/european-ecommerce-report-2017-released-ecommerce-continues-prosper-europe-markets-grow-different-speeds/>, data dostępu 19.05.2018 r.

Jednocześnie, jak wskazuje Komisja, pomimo dynamicznego wzrostu popularności *e-commerce* w Unii Europejskiej, transgraniczna sprzedaż internetowa rośnie w wolnym tempie. Według danych Eurostat, w roku 2014 jedynie 8 procent spośród przedsiębiorstw aktywnych w obszarze sprzedaży internetowej dokonywało sprzedaży na rzecz konsumentów znajdujących się w innych państwach członkowskich. Jednocześnie zgodnie z badaniem zleconym przez Komisję, tylko 37 procent stron internetowych pozwala na skuteczne złożenie i opłacenie zamówienia klientom zagranicznym¹⁹. W wielu sklepach internetowych niemożliwe jest bowiem zawarcie transakcji, w sytuacji gdy dane karty płatniczej klienta wskazują na pochodzenie z innego państwa niż to, w którym działa sprzedawca (tak zwane blokowanie geograficzne).

Według danych statystycznych jedynie 18 procent użytkowników internetu korzysta z usług transgranicznej sprzedaży²⁰. Liczby te różnią się w znaczny sposób pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi. W Luksemburgu odsetek osób nabywających towary i usługi *online* z innych państw członkowskich wynosi aż 70 procent, podczas gdy w Rumunii wynosi on jedynie 2 procent. Co do zasady transgraniczne zakupy przez internet największą popularnością cieszą się w małych i zamożnych państwach członkowskich (Austria, Dania, Irlandia)²¹.

Można wyróżnić szereg przyczyn dla tak niskiego udziału sprzedaży transgranicznej w ogólnym wolumenie sprzedaży *online*. Z perspektywy konsumenta duże znaczenie mają obawy związane z możliwością dostawy i zwrotu towaru oraz z procesem płatności²². Nie można pominąć również istnienia bariery językowej. Klienci biznesowi wskazują natomiast na wysokie koszty dostawy i duże wydatki na transgraniczne rozwiązywanie sporów²³.

Wpływ na powyższe mają także zachowania przedsiębiorców aktywnych na poszczególnych rynkach. Jak zwraca uwagę Komisja, w porozumieniach zawieranych między producentami a dystrybutorami często znajdują się postanowienia, które ograniczają – pośrednio²⁴ lub bezpośrednio – możliwość tych drugich do świadczenia swoich usług konsumentom znajdującym za granicą²⁵.

W kontekście wspomnianej strategii jednolitego rynku cyfrowego należy wskazać szereg działań podjętych na gruncie Unii Europejskiej, które przyczyniają się do rozwoju *e-commerce*.

19 Mystery shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European digital single market, dostępne na stronie <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8bde2f8d-0251-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>, data dostępu 19.05.2018 r.

20 Commission Staff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, Figure A.4.

21 A. Coad, N. Duch Brown, Raport *Barriers to European Cross-border e-Commerce*, dostępny na stronie <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc105675.pdf>, data dostępu 19.05.2018 r.

22 Flash Eurobarometer 397: Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection, dostępne na stronie https://data.europa.eu/euodp/pl/data/dataset/S2031_397_ENG, data dostępu 19.05.2018 r.

23 Flash Eurobarometer 413: Companies engaged in online activities, dostępne na stronie https://data.europa.eu/euodp/data/dataset/S2058_413_ENG, data dostępu 19.05.2018 r.

24 Chodzi na przykład o ograniczenie dostępu do pewnych form reklamy internetowej. W rezultacie zmniejszeniu ulega krąg odbiorców danej strony internetowej.

25 Commission Staff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, pkt 20.

Organy UE aktywnie działają na rzecz zwiększenia dostępu obywateli Unii do internetu. Skutkiem tych działań jest dyrektywa w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej²⁶. Nakłada ona na państwa członkowskie obowiązek powołania niezależnych organów regulacyjnych (w Polsce jest to Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej), których celem będzie wspieranie konkurencji w sektorze usług łączności elektronicznej oraz promowanie interesów obywateli UE w zakresie dostępu do internetu. Z kolei dyrektywa o usłudze powszechnej²⁷ przewiduje obowiązek zapewnienia *każdemu użytkownikowi końcowemu określonego minimalnego zestawu usług po przystępnej cenie*. Innymi słowy, zainteresowany podmiot – niezależnie od jego położenia geograficznego – ma prawo mieć możliwość zawrzeć przynajmniej z jednym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym umowę o świadczenie usługi dostawy internetu, nawet jeżeli wymagać to będzie budowy nowej infrastruktury (zasada usługi powszechnej). W latach 2007-2016 odsetek gospodarstw domowych w Unii Europejskiej, które mają dostęp do internetu wzrósł z 55 do 85 procent²⁸.

Unia Europejska w ostatnich latach przyjęła także akty prawne, których celem jest ochrona konsumentów dokonujących zakupów przez internet. Tak zwana „dyrektywa konsumentka”²⁹ precyzuje obowiązki informacyjne, które państwa członkowskie nakładają na przedsiębiorców w przypadku zawierania umów na odległość (art. 6 dyrektywy), czyli między innymi za pośrednictwem internetu. Ponadto konsumenci mają prawo odstąpienia od takiej umowy bez konieczności podawania jakichkolwiek powodów i bez potrzeby ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów (w szczególności „odstępnego”) w terminie 14 dni od dnia, w którym otrzymali zamówiony towar (art. 9 dyrektywy).

W tym kontekście warto omówić również dyrektywę w sprawie usług płatniczych (PSD II)³⁰, która realizuje cel w postaci zapewnienia bezpieczeństwa płatności *online*. Dyrektywa ta poddaje regulacji prawnej, nie objęte zakresem zastosowania swojej poprzedniczki (PSD I)³¹, usługi inicjowania płatności³², które od lat są powszechnie wykorzystywane w sektorze *e-commerce*. W nowym stanie prawnym

26 Dyrektywa 2002/21 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE L 108/33 z 24.4.2002 r.

27 Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, Dz. Urz. UE Dz.U. L 108/51 z 24.4.2002 r.

28 Eurostat, Dane statystyczne dotyczące gospodarki cyfrowej i społeczeństwa cyfrowego – gospodarstwa domowe i osoby fizyczne, dane dostępne na stronie https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals/pl&olid=350814, data dostępu 19.05.2018 r.

29 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13 i dyrektywę 1999/44 Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577 i dyrektywę 97/7 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz. Urz. UE L 304/64 z 22.11.2011 r.

30 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65, 2009/110, 2013/36 i rozporządzenie nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64, Dz. Urz. UE L 337/35 z 23.12.2015 r. Na dzień pisania tej pracy polska ustawa implementująca tę dyrektywę została uchwalona, lecz nie weszła w życie.

31 Dyrektywa 2007/64 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7, 2002/65, 2005/60 i 2006/48 i uchylająca dyrektywę 97/5, Dz. Urz. UE L 319/1 z 5.12.2007 r.

32 Usługi te polegają na tym, że klient dokonuje płatności bez potrzeby logowania się do portalu bankowości internetowej. Robi to podmiot trzeci, który zleca w imieniu klienta dokonanie płatności.

przedsiębiorcy świadczący takie usługi będą musieli otrzymać stosowne zezwolenie od właściwego organu (art. 11 dyrektywy PSD II). Ponadto nowe przepisy obniżają próg odpowiedzialności płatnika w przypadku nieautoryzowanej transakcji płatniczej do kwoty 50 euro (art. 74 dyrektywy PSD II, dawniej 150 euro).

Jak wskazywano wcześniej, jednym z powodów, dla których użytkownicy internetu nie decydują się na dokonywanie zakupów za granicą, są trudności z dochodzeniem roszczeń. W tym kontekście należy wskazać w szczególności na rozporządzenie w sprawie europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń³³, którego celem jest ułatwienie egzekwowania swoich praw przez osoby, które dokonały zakupów za granicą, lub analogicznie – sprzedawców, którzy dochodzą należności związanych z transgraniczną transakcją sprzedaży.

1.3. Ewolucja systemów dystrybucji selektywnej w obliczu rozwoju sprzedaży internetowej

W ocenie Komisji bariery dla rozwoju jednolitego rynku cyfrowego mogą także tworzyć podmioty prywatne. W tym kontekście należy przeanalizować, jakie działania podejmują przedsiębiorstwa stosujące tradycyjne formy dystrybucji, w tym w szczególności liderzy systemów dystrybucji selektywnej w obliczu rozwoju *e-commerce*.

Jakkolwiek szczegółowe omówienie zjawiska dystrybucji selektywnej zarówno pod kątem gospodarczym, jak i prawnym jest przedmiotem rozdziału 3, to dla porządku wywodu należy już w tym miejscu dokonać krótkiej charakterystyki tej formy dystrybucji.

System dystrybucji selektywnej opiera się na szeregu porozumień wertykalnych – zawieranych między przedsiębiorstwem znajdującym się na wyższym szczeblu obrotu (producent, dostawca³⁴) oraz podmiotami znajdującymi się na niższym szczeblu obrotu (sprzedawcy, dystrybutorzy), zajmującymi się sprzedażą towarów na rzecz użytkowników końcowych. W umowach tych lider sieci dystrybucji określa kryteria, które zainteresowany podmiot musi spełnić, aby uzyskać status autoryzowanego dystrybutora. Producent zobowiązuje się dokonywać sprzedaży towarów objętych systemem jedynie na rzecz autoryzowanych dystrybutorów. Uczestnicy systemu dystrybucji selektywnej nie mają natomiast prawa odsprzedawać tych towarów poza siecią dystrybucji. Mogą oni jedynie prowadzić sprzedaż na rzecz użytkowników ostatecznych lub zawierać transakcje między sobą. Jak widać, zjawisko dystrybucji selektywnej ma znaczenie z punktu widzenia prawa konkurencji, ponieważ skutkiem wprowadzenia na danym rynku takiego systemu jest ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do sprzedaży określonego towaru. Jak wspomniano wcześniej, charakterystyczną cechą tej formy dystrybucji jest ograniczenie konkurencji cenowej (ze względu na zmniejszoną podaż) i wspieranie innych rodzajów konkurencji (ze względu na konieczność spełnienia wymogów przez autoryzowanych dystrybutorów).

33 Rozporządzenie nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń, Dz. Urz. UE L 199/1 z 31.7.2007 r.

34 W pracy tej będę używał tych pojęć zamiennie.

Jak wskazują dane statystyczne pochodzące z badania sektora *e-commerce* przeprowadzonego przez Komisję, dystrybucja selektywna jest używana w szczególności przy sprzedaży takich kategorii dóbr, jak ubrania i obuwie, elektronika oraz wyroby kosmetyczne. We wszystkich tych kategoriach około połowa respondentów wskazała, że posługuje się omawianą formą dystrybucji³⁵. Jednocześnie warto wskazać, że dystrybucja selektywna jest domeną dużych przedsiębiorstw. Łącznie około 90 procent spośród ankietowanych przez Komisję przedsiębiorców, którzy wprowadzili w ramach swojej działalności dystrybucję selektywną, osiąga roczne obroty powyżej 500 milionów euro³⁶.

Jak wskazuje Komisja Europejska, zmiany w dystrybucji selektywnej stanowią jedną z najczęstszych reakcji przedsiębiorców na rozwój *e-commerce*. 19 procent respondentów badania sektorowego wskazało, że w ciągu ostatnich 10 lat wprowadziło systemy dystrybucji selektywnej tam, gdzie wcześniej nie posługiwano się tą formą dystrybucji, zaś 67 procent podmiotów, które już wykorzystywały dystrybucję selektywną dla danego rodzaju produktów, w ciągu ostatnich 10 lat wprowadziło nowe kryteria doboru autoryzowanych dystrybutorów. W wielu wypadkach odbywało się to w formie aneksu do istniejącego porozumienia, który odnosił się właśnie do zjawiska handlu elektronicznego³⁷.

W tym kontekście należy wskazać, że 47 procent spośród respondentów stosujących dystrybucję selektywną w ramach prowadzonej działalności, wyklucza możliwość uzyskania statusu autoryzowanego dystrybutora przez podmioty, które nie prowadzą przynajmniej jednego stacjonarnego punktu sprzedaży. Następnie, 18 procent przewiduje w treści porozumień z dystrybutorami ograniczenia dotyczące sprzedaży za pośrednictwem platform zakupowych. Odsetek ten różni się w znacznym stopniu między poszczególnymi państwami członkowskimi. W Niemczech wynosi aż 32 procent, zaś w Danii jedynie 10 procent³⁸. Okoliczność ta zależy w dużym stopniu od siły rynkowej operatorów największych platform internetowych w danym państwie³⁹. Ograniczenia dotyczące sprzedaży na własnej stronie internetowej stosowane są przez 11 procent respondentów. Taki sam odsetek badanych przedsiębiorców wprowadza w swoich systemach dystrybucji selektywnej restrykcje dotyczące korzystania z usług tak zwanych porównywarek cen⁴⁰.

1.4. Podsumowanie

Zjawisko *e-commerce* zrewolucjonizowało rynek sprzedaży detalicznej. Dzięki internetowi konsumenci mają ułatwiony dostęp do większej liczby ofert, zaś przedsiębiorcy mogą zwiększyć swój zasięg terytorialny oraz ponoszą mniejsze koszty dystrybucji. Wszystkie te czynniki wpływają na to, że sprzedaż internetowa prowadzi do wzrostu konkurencji cenowej.

35 Commission Staff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, pkt 228.

36 Tamże, pkt 230.

37 Tamże, pkt 225-226.

38 Tamże, pkt 464.

39 W tym kontekście należy wskazać, że w Niemczech aż 62 procent detalistów korzysta z usług platform, podczas gdy w Belgii liczba ta wynosi zaledwie 4 procent.

40 Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego, Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego, COM(2017) 229 final, pkt 28.

Budowa jednolitego rynku cyfrowego ma dla organów Unii Europejskiej priorytetowe znaczenie. Dalsze wspieranie rozwoju *e-commerce* może przyczynić się do poprawy wzrostu gospodarczego w państwach członkowskich. Aby uwolnić pełen potencjał tego sektora należy zlikwidować bariery stworzone zarówno przez podmioty publiczne, jak i prywatne.

Ze względu na specyfikę sprzedaży internetowej, polegającą na wzmacnianiu konkurencji cenowej, producenci niektórych kategorii dóbr wprowadzają lub rozszerzają istniejące systemy dystrybucji selektywnej w celu wspierania konkurencji w obrębie parametrów innych niż cena. Do treści porozumień zawieranych z dystrybutorami wprowadzane są postanowienia, które ograniczają możliwość korzystania ze sprzedaży internetowej w pełnym zakresie przez uczestników systemu dystrybucji.

Rozdział II: Ekonomiczne i prawne aspekty ograniczeń wertykalnych

System dystrybucji selektywnej, w ogólnym ujęciu, stanowi sieć porozumień wertykalnych pomiędzy producentem a dystrybutorami⁴¹. Porozumienie wertykalne definiuje się natomiast jako *porozumienie lub praktykę uzgodnioną zawartą między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami działającymi (...) na różnych szczeblach obrotu (...)*⁴². Decydującym czynnikiem dla wyodrębnienia kategorii porozumień wertykalnych i zawartych w nich ograniczeń wertykalnych jest wzajemna relacja stron takiego porozumienia, tj. znajdowanie się ich na różnych poziomach obrotu.

W związku z powyższym dla dalszych rozważań na temat ograniczeń wertykalnych w systemach dystrybucji selektywnej kluczowe jest dokonanie szczegółowego omówienia problematyki porozumień wertykalnych jako takich – począwszy od analizy ekonomicznych aspektów tych porozumień. Następnie przeanalizowane zostaną przesłanki zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE w świetle specyfiki porozumień wertykalnych. Na koniec rozdziału omówiona zostanie problematyka wyłączeń indywidualnych w oparciu o art. 101 ust. 3 TFUE oraz wybrane aspekty wyłączeń grupowych. Wartościowe będzie także ujęcie omawianej tematyki w perspektywie historycznej, ponieważ wyodrębnienie porozumień wertykalnych i horyzontalnych oraz zróżnicowanie podejścia do tych kategorii porozumień było efektem radykalnej zmiany podejścia organów UE odpowiedzialnych za ochronę konkurencji⁴³. W wyniku reformy powstały specjalne regulacje dotyczące ograniczeń wertykalnych. Rozporządzenie nr 330/2010 w sposób szczegółowy określa kategorie porozumień wertykalnych oraz sytuacje, w których do tych porozumień nie stosuje się art. 101 ust. 1 TFUE. Rozporządzenie to, co widać szczególnie w wydanych dla niego wytycznych Komisji, odnosi się także do problematyki handlu elektronicznego⁴⁴.

2.1. Ekonomiczne aspekty ograniczeń wertykalnych

Porównując wpływ na konkurencję ograniczeń wertykalnych i horyzontalnych, przyjmuje się generalną zasadę, że te drugie są bardziej szkodliwe dla konkurencji⁴⁵. Jest to związane z tym, że ograniczenia horyzontalne powstają na

41 Ch. De Faveri, *The Assessment of Selective Distribution Systems Post* – Pierre Fabre, *Global Antitrust Review* 2013, s. 164, taką samą definicję formułuje M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, IKAR 7/2016, s. 9.

42 Art. 1 ust. 1 lit. a Rozporządzenia 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, Dz. Urz. UE L 102/3 z 23.4.2010 r.

43 D. Geradin et. al., *EU competition law and economics*, Oxford 2012, s. 465 mówią o zmianie paradygmatu, podejście formalistyczne (*form-based approach*) ustąpiło podejściu opartemu na efektach (*effect-based approach*).

44 Wytyczne wertykalne, pkt 52.

45 L. Peperkon, *The Economics of Vertical Restraints*, *Competition Policy Newsletter*, 2/1998, s. 10-11, nazywa to podejście „nowym konsensem; warto wskazać tu także na potoczne użycie słowa karTEL w odniesieniu do grup przestępczych zajmujących się obrotem narkotykami.

skutek uzgodnienia pomiędzy podmiotami znajdującymi się na tym samym szczeblu obrotu. Istotne jednak jest nie to, kto z kim wchodzi w porozumienie, lecz jakie są tego następstwa.

Dla opisu zagrożeń związanych z istnieniem porozumień horyzontalnych i odróżnienia ich pod tym względem od porozumień wertykalnych, warto posłużyć się analogią zastosowaną przez W. Baxter. Wskazał on, że porozumienia horyzontalne zawierane są przez przedsiębiorstwa dostarczające konkurujących towarów i usług – dóbr substytucyjnych, zaś uczestnikami porozumień wertykalnych są przedsiębiorstwa dostarczające towary i usługi uzupełniające się – dobra komplementarne⁴⁶. Gdy mamy do czynienia z substytutami, obniżka cen dokonana przez jednego producenta negatywnie wpływa na zyski innych producentów (konkurentów), ponieważ obniża popyt na ich dobra. Inaczej jest w drugim przypadku. Obniżka cen na jedno z dóbr zwiększa popyt na produkt komplementarny względem niego.

Co za tym idzie, w interesie producentów substytutów jest utrzymywanie stałych cen przez wszystkich uczestników rynku, co jednocześnie nie jest w interesie konsumenta. Inaczej kształtuje się sytuacja przy porozumieniach wertykalnych. W tym wypadku, z punktu widzenia przedsiębiorcy znajdującego się na wyższym szczeblu obrotu, pożądana jest obniżka cen przez przedsiębiorstwo z niższego szczebla. Na przykład, gdy producent obniża cenę, po której sprzedaje dany towar swoim dystrybutorom, oni też mogą obniżyć cenę detaliczną bez jakiejkolwiek zmiany wysokości swojej marży. Będzie to oczywiście również w interesie konsumenta, dlatego zawarcie porozumienia wertykalnego w takiej sytuacji przyniesie korzyści dla wszystkich uczestników obrotu – począwszy od producentów, poprzez dystrybutorów, aż po konsumenta końcowego⁴⁷.

Przykład ten pokazuje, że zawarcie porozumienia przez konkurentów co do zasady będzie szkodliwe dla konsumenta, zaś porozumienie między uczestnikami różnych szczebli obrotu może przynieść korzyści także konsumentowi.

Należy również wskazać na różnice odnoszące się do kosztów transakcyjnych związanych z porozumieniami wertykalnymi i horyzontalnymi. Producent, chcąc zawrzeć z jednym z dystrybutorów umowę, w której znajduje się klauzula przewidująca możliwość sprzedaży przez kontrahenta wyłącznie towarów produkowanych przez drugą stronę umowy, musi zaoferować za takie ustępstwo coś w zamian, np. rabat. W przeciwnym wypadku żaden racjonalnie działający podmiot nie zgodziłby się na tak daleko idące ograniczenie zakresu swojej działalności. Oznacza to, że ze względu na wysokie koszty transakcyjne zawarcie porozumienia wertykalnego, które faworyzowałoby w znacznym stopniu jedną stronę w stosunku do drugiej, wymaga istnienia dużej siły rynkowej tej strony⁴⁸. Koszty transakcyjne porozumień horyzontalnych są z kolei bardzo niskie w stosunku do przewidywanych korzyści i ich utrzymywanie przez długi okres również nie wpływa na wzrost tych

46 W. Baxter, *Substitutes, Complements and the Nature of the Firm*, [w:] *The law and economics of competition policy* red. F. Mathewson, M. Trebilcock, M. Walker, Vancouver 1990, cyt. za V. Verouden, *Vertical Agreements: Motivation and Impact*, *Issues in competition law and policy* vol. 3 (2008), s. 1814.

47 V. Verouden, *op.cit.*, s. 1814-1815.

48 R. Posner, *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, *University of Chicago Law Review* vol. 72 (2005), s. 231.

kosztów. Zmowa cenowa między konkurentami przynosi każdemu z uczestników zysk, jednocześnie szkodząc konsumentom⁴⁹.

Powyższe przykłady zostały powołane jedynie w celu pokazania konstrukcyjnych różnic między porozumieniami wertykalnymi i horyzontalnymi, które pozwalają wyprowadzić wniosek, że te drugie są co do zasady bardziej szkodliwe dla konkurencji. Nie mniej, oba typy porozumień mogą w pewnych sytuacjach mieć zarówno pozytywny, jak i negatywny wpływ na konkurencję. Na obecnym poziomie rozwoju nauk ekonomicznych nie sposób bowiem zgodzić się⁵⁰ z poglądami głoszonymi przez przedstawicieli tzw. Chicagowskiej szkoły ekonomii, którzy twierdzili, że ograniczenia wertykalne nie są szkodliwe i powinny być generalnie postrzegane jako dozwolone⁵¹, zaś problemy związane z nieefektywną alokacją zasobów przez mechanizm rynkowy (ang. *market-failure*) powstają na skutek konkurencji horyzontalnej, a nie przez zawieranie porozumień wertykalnych⁵². Należy podkreślić, że ostatecznie o istnieniu bądź nie szkodliwego charakteru danego porozumienia zawsze decyduje szereg okoliczności odnoszących się nie tylko do stron porozumienia i ich siły rynkowej, lecz także stanu konkurencji na rynku właściwym, charakterystyki produktu i wielu innych czynników⁵³. Powyższe odnieść należy na równi do porozumień wertykalnych, jak i horyzontalnych⁵⁴. Na potrzeby niniejszej pracy wystarczy jedynie nadmienić, że w pewnych sytuacjach porozumienia horyzontalne nie tylko nie prowadzą do ograniczenia konkurencji, lecz mogą wręcz przynosić korzyści dla całej gospodarki⁵⁵. Największą doniosłość praktyczną mają tzw. porozumienia badawczo-rozwojowe (ang. *research & development agreement*, w skrócie *r&d*), uregulowane szczegółowo w rozporządzeniu nr 1217/2010.

Przechodząc do bardziej szczegółowych rozważań dotyczących ekonomicznych aspektów ograniczeń wertykalnych należy sprecyzować, jakie zachowania przedsiębiorców wchodzi w zakres tego pojęcia. Definicja legalna zawarta w art. 1 ust. 1 lit. b rozporządzenia nr 330/2010 nie wyjaśnia zbyt wiele. Zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu *ograniczenie wertykalne oznacza ograniczenie konkurencji zawarte w porozumieniu wertykalnym wchodzącym w zakres stosowania art. 101 ust. 1 Traktatu*. Definicja porozumienia wertykalnego została natomiast przywołana na początku tego rozdziału i jak widać jest ona elementem koniecznym dla zdefiniowania pojęcia ograniczenia wertykalnego, ze względu na lakoniczność cytowanego tu art. 1 ust. 1 lit. b rozporządzenia.

49 Tamże, s. 230.

50 V. Verouden, *op. cit.*, s. 1816, zob. także M. Levenstein, V. Suslow, *How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork's The Antitrust Paradox*, *The Journal of Law & Economics* Vol. 57 (2014) No. S3, P. Dobson, M. Waterson, *Vertical Restraints and Competition Policy*, London 1996, s. 1-3.

51 Zob. np. R. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York 1978; R. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, *University of Chicago Law Review* vol. 48 (1981) Is. 1; L. Tesler, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, *The Journal of Law & Economics* Vol. 3 (1960).

52 P. Dobson, M. Waterson, *op. cit.*, s. 2.

53 V. Verouden, *op. cit.*, s. 1816.

54 W odniesieniu do karteli zob. M. Jephcott, *Horizontal Agreements and EU Competition Law*, Richmond 2005, s. 5-9.

55 Zob. np. motywy 8 i 10 rozporządzenia Komisji nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych, Dz. Urz. UE L 335/36 z 18.12.2010.

Najistotniejszą funkcją przywołanej definicji jest to, że wskazuje ona na otwarty katalog ograniczeń wertykalnych. Mimo wszystko można wyróżnić pewne charakterystyczne grupy ograniczeń znajdujących się w porozumieniach wertykalnych. Podstawowy podział rozróżnia ograniczenia cenowe oraz pozacenowe (niecenowe)⁵⁶. Inny, szczególnie ważny z punktu widzenia niniejszej pracy, jest podział na ograniczenia odnoszące się do konkurencji „wewnątrzmarkowej” oraz „międzymarkowej”⁵⁷. Największą jednak wartość opisową ma typologia zastosowana przez Komisję, która wyróżniła cztery podstawowe grupy ograniczeń wertykalnych⁵⁸. „Grupa dystrybucji wyłącznej” (ang. *exclusive distribution group*) obejmuje sytuacje, w których producent zobowiązuje się do sprzedaży towarów tylko jednemu (wyłączność zarówno terytorialna, jak i produktowa) lub ograniczonemu kręgowi nabywców (np. dystrybucja selektywna). „Grupa jednomarkowości” (ang. *single-branding group*), obejmująca przypadki odwrotne do opisanych powyżej, tzn. sytuacje gdy to nabywcy dóbr są zobowiązani dokonywać zakupów u tylko jednego producenta (zakaz konkurencji), ewentualnie istnieje pewna minimalna wartość zamówień u danego producenta. „Grupa narzucania cen odsprzedaży” (ang. *resale price maintenance group*), obejmuje wszelkie porozumienia określające ceny odsprzedaży, zarówno maksymalne, minimalne, jak i rekomendowane. Jest jeszcze „grupa podziału rynku” (ang. *market partitioning group*), do której należą wszelkie porozumienia ograniczające obszar, z którego nabywca dóbr może się zaopatrywać, lub na którym może je odsprzedać. To samo odnosi się również do grupy klientów. Ponadto do tej kategorii Komisja zalicza także sprzedaż wiązaną. Jednocześnie w danym porozumieniu mogą znajdować się ograniczenia z kilku różnych grup. W wielu przypadkach łączenie ograniczeń różnego typu pozwala na lepsze ich wykorzystywanie. Ponadto należy wskazać, że wszystkie opisane typy ograniczeń mogą znaleźć zastosowanie w handlu elektronicznym i często będą wtedy przybierały swoistą postać. Przykładowo, formą ograniczeń terytorialnych w ramach handlu elektronicznego może być blokowanie geograficzne na przykład w formie uniemożliwienia złożenia zamówienia w danym sklepie przez użytkownika z adresem IP z państwa, na którego terytorium dany sprzedawca nie może prowadzić sprzedaży.

Co do zasady każdy z opisanych wyżej typów ograniczeń, zależnie od szeregu czynników, może przynieść pozytywne, jak i negatywne skutki dla konkurencji i konsumentów. Poniżej wskazane zostaną powody, dla których przedsiębiorstwa decydują się na zawieranie porozumień z podziałem na te przypadki, w których ograniczenia wertykalne będą miały efekty pozytywne oraz na te, w których wpływ ograniczeń na rynek będzie negatywny.

56 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/el, 2016, teza 3.3; R. Van der Bergh, P. Camesasca, *European Competition Law and Economics*, London 2006, s. 205.

57 W polskim tłumaczeniu Wytycznych wertykalnych posługiwano się nazwami konkurencja międzymarkowa wewnętrzna i międzymarkowa zewnętrzna, jednak moim zdaniem pojęcia te mogą być mylące oraz są niepotrzebnie długie.

58 Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints (Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints), Dz. Urz. WE C 365/3 z 26.11.1998 r., pkt 2.1.

Podstawową przyczyną zawierania przez przedsiębiorców funkcjonujących na różnych szczeblach obrotu porozumień jest chęć optymalizacji zysków i inwestycji.

Szczególnie istotnym motywem zawierania porozumień wertykalnych jest chęć uniknięcia sytuacji określanej mianem efektu gapowicza (ang. *free-rider problem*). Dochodzi do niej wtedy, gdy inwestycje dokonane przez jednego ze sprzedawców wpływają korzystnie także na wysokość sprzedaży jego konkurentów⁵⁹, którzy pozbawiają w takiej sytuacji inwestora części zwrotu z inwestycji, tym samym zniechęcając do ich dokonywania w przyszłości. Taka sytuacja jednocześnie nie leży w interesie producenta tych dóbr. Ryzyko wystąpienia tego zjawiska jest szczególnie istotne w realiach handlu elektronicznego i większość ograniczeń nakładanych na tę formę dystrybucji dóbr jest motywowana właśnie chęcią zapobiegnięcia wystąpieniu efektu gapowicza lub ograniczeniu jego skutków.

Zobrazować to można bardzo prostym przykładem z życia codziennego, dotyczącym zakupu obuwia. Przede wszystkim kupując buty wiedza dotycząca wymiarów stopy często nie jest wystarczająca, aby dobrze dobrać odpowiednią parę. Najlepszym sposobem na to, aby przekonać się czy dany model w danym rozmiarze odpowiada naszym potrzebom jest jego wypróbowanie. Możliwość tę oferują sklepy stacjonarne. W momencie, gdy potencjalny nabywca upewni się, że dany model mu odpowiada, nic nie stoi na przeszkodzie, żeby zamówić go przez internet. W większości przypadków cena w sklepie *online* będzie niższa niż w sklepie stacjonarnym. Wynika to między innymi z niższych kosztów prowadzenia działalności. W opisywanym przykładzie przedsiębiorca prowadzący działalność w formie sklepu internetowego korzysta z inwestycji poczynionych przez właściciela sklepu stacjonarnego. Począwszy od wydatków związanych z wynajmem powierzchni handlowej, poprzez wyposażenie sklepu, aż po ewentualne koszty szkolenia personelu, co jest szczególnie istotne w przypadku produktów nieco bardziej specjalistycznych (w przykładzie dotyczącym butów można wskazać choćby na buty do biegania). Efekt gapowicza może wystąpić jednak w dużo prostszych sytuacjach. Często sam fakt, że określony przedsiębiorca (sklep o dobrej reputacji) ma w swojej ofercie pewien produkt może wpłynąć na wzrost sprzedaży tegoż produktu także przez konkurentów⁶⁰.

Nie ma jednego sposobu na ograniczenie bądź zlikwidowanie efektu gapowicza. Przedsiębiorcy mogą poradzić sobie z tym na kilka sposobów⁶¹. W przypadku zagrożenia przez sprzedaż internetową, system dystrybucji selektywnej może być zorganizowany w taki sposób, że do sieci dystrybucji przyjmowane będą tylko podmioty, które w ramach swojej działalności posiadają co najmniej jeden sklep stacjonarny. Podobny efekt osiągnąć można przez określenie minimalnej ceny odsprzedaży na odpowiednim poziomie lub przez przyznanie czasowej wyłączności na dany produkt temu przedsiębiorcy, który gotów jest do dokonania szeregu inwestycji potrzebnych do rozpowszechnienia informacji o danym produkcie. Na marginesie należy zauważyć, że efekt gapowicza nie występuje wyłącznie

59 P. Buccirosi, *Vertical Restraints on E-Commerce and Selective Distribution*, Journal of Competition Law & Economics, vol. 11 Is. 3 (2015), s. 749.

60 Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints, pkt 3.3.

61 Tamże, pkt 3.6.

na szczeblu sprzedaży końcowej, lecz może mieć także miejsce na szczeblu produkcyjnym⁶².

Jednocześnie należy wskazać, że aby efekt gapowicza wystąpił, musi zaistnieć szereg warunków. Przede wszystkim na szczeblu sprzedaży końcowej występuje on jedynie w odniesieniu do inwestycji związanych z usługami świadczonymi przed dokonaniem sprzedaży (ang. *pre-sales service*). Problem ten nie wystąpi natomiast na gruncie usług świadczonych po sprzedaży, takich jak naprawy gwarancyjne, serwis itp. (ang. *after-sales service*)⁶³. Ponadto produkt musi być nowy lub na tyle zaawansowany technicznie, żeby korzystanie z usług przedsprzedażowych było w ogóle konieczne. Oprócz tego cena produktu musi być na tyle wysoka, żeby konsumenci byli gotowi ponieść wysiłki związane z wyszukiwaniem tańszego egzemplarza u konkurencji i dokonaniem jego zakupu⁶⁴ (w przypadku handlu elektronicznego barierą będą często koszty wysyłki). W przeciwnym razie zawieranie porozumień nie będzie służyło zwalczaniu negatywnych skutków efektu gapowicza i prawdopodobnie będzie prowadziło do ograniczenia konkurencji.

Ryzyko związane z dokonywaniem inwestycji może odnosić się także do relacji między producentem a jego dystrybutorem. Dokonanie pewnych inwestycji, korzystnych z punktu widzenia producenta, dla dystrybutora stanowi tzw. koszty utopione (ang. *sunk costs*). Są to takie wydatki, których nie można będzie odzyskać. W takiej sytuacji ryzyko koncentruje się po stronie przedsiębiorcy, który dokonuje inwestycji, zaś w zyskach partycypuje zarówno producent, jak i dystrybutor. Oznacza to, że jedna ze stron ma swoistą przewagę nad drugą i istnieje ryzyko jej nadużycia, co zniechęca potencjalnych kontrahentów⁶⁵. Aby zachęcić drugą stronę do dokonania inwestycji „utopionej” zawierane jest porozumienie, którego celem jest wynagrodzenie ryzyka inwestora, np. poprzez przyznanie mu wyłączności na określony czas⁶⁶.

Kolejną sytuacją, w której porozumienie wertykalne może posłużyć lepszej koordynacji działań podmiotów na różnych szczeblach obrotu, jest likwidacja zjawiska podwójnej marży (ang. *double-marginalisation*). W przypadku braku koordynacji decyzji cenowych producenta i dystrybutora może dojść do sytuacji, w której oba te podmioty podniosą swoje marże, nie bacząc na działania drugiej strony, co w efekcie ustali cenę powyżej poziomu rynkowego. Możliwa jest też sytuacja odwrotna – obniżki cen. W przypadku przedsiębiorstwa zintegrowanego wertykalnie, tzn. obejmującego zarówno szczebel produkcyjny, jak i detaliczny, dzięki koordynacji decyzji cenowych do takiego zjawiska by nie doszło. Zawarcie porozumienia dotyczącego cen odsprzedaży pozwoli osiągnąć ten sam efekt, bez konieczności dokonywania integracji wertykalnej przedsiębiorstwa.

W literaturze wskazuje się⁶⁷ szereg negatywnych skutków, jakie mogą wywołać porozumienia wertykalne. Zalicza się do nich przede wszystkim ryzyko zamknięcia

62 V. Verouden, *op. cit.*, s. 1822.

63 Tak Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints, pkt 3.1; inaczej A. Maziarz, *Porozumienia wertykalne w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Lublin 2013 s. 41.

64 Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints, pkt 3.1.

65 V. Verouden, *op. cit.*, s. 1823 – 1824, P. Bucciorossi, *op. cit.*, s. 750.

66 Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints, pkt 3.4.

67 Zob. w szczególności, P. Bucciorossi, *op. cit.*; V. Verouden, *op. cit.*; P. Dobson, M. Waterson, *Vertical Restraints and Competition Policy*, London 1996; Geradin D. et. al., *op. cit.*

dostępu do rynku, czyli utrudnienie bądź uniemożliwienie wejścia na rynek konkurentom. Ma to miejsce w szczególności w sytuacji, gdy na danym rynku funkcjonuje wiele porozumień dotyczących wyłącznej sprzedaży lub zakupu, a także gdy większość uczestników rynku stosuje systemy dystrybucji selektywnej. W takiej sytuacji zamknięty jest dostęp do dystrybutorów lub dostawców⁶⁸. Oprócz tego wskazuje się na ryzyko polegające na łagodzeniu konkurencji, co związane jest w szczególności z ograniczeniami o charakterze cenowym, lecz może wystąpić również w przypadku przyznawania dystrybutorom wyłączności terytorialnej⁶⁹. Ponadto osłabienie konkurencji na rynku sprzedaży końcowej, wynikające z zawieranych porozumień, może ułatwić znowę między konkurentami, a więc doprowadzić do powstawania ograniczeń horyzontalnych. Dziać się tak może na przykład w odniesieniu do porozumień dotyczących cen odsprzedaży. W sytuacji, gdy kilku producentów organizuje swoje sieci dystrybucji w oparciu o mechanizm określania cen odsprzedaży, mają oni interes w tym, żeby namówić innych uczestników rynku do zastosowania podobnych rozwiązań, gdyż w przeciwnym razie ich porozumienia ze „swoimi” dystrybutorami nie przyniosłyby im pożądanych korzyści⁷⁰.

Ponadto w dokumentach Komisji Europejskiej wskazuje się na jeszcze jeden negatywny aspekt ograniczeń wertykalnych, a mianowicie, że mogą one stwarzać przeszkody dla integracji rynku wewnętrznego, poprzez ograniczanie możliwości nabywania towarów i usług w innych państwach członkowskich⁷¹. Uwaga ta odnosi się w szczególności do ograniczeń nakładanych na handel elektroniczny, na przykład tych przyjmujących postać blokowania geograficznego lub ograniczeń korzystania przez dystrybutorów z usług platform internetowych. Dzięki internetowi konsumenci mogą samodzielnie nabywać dobra w dowolnych państwach członkowskich, podczas gdy dawniej było to raczej domeną przedsiębiorstw zajmujących się importem.

Ze względu na okoliczność, że ograniczenia wertykalne powstają w ramach relacji między podmiotami zajmującymi miejsce na różnych szczeblach obrotu, ich skutki – pozytywne lub negatywne – mogą wystąpić na jednym z tych szczebli lub na obu⁷². Jednocześnie dla oceny skutków danego porozumienia z punktu widzenia konsumentów niezwykle istotne jest rozróżnienie na konkurencję „międzymarkową”, tj. odnoszącą się do konkurujących produktów pochodzących od różnych producentów i „wewnątrzmarkową”, a więc konkurencję między dystrybutorami danej marki. Przyjmuje się, że ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej”, np. poprzez ograniczenie liczby dystrybutorów, lub stosowanie przez nich jednolitych cen, co do zasady nie szkodzi konsumentom w sytuacji, gdy jednocześnie konkurencja „międzymarkowa” jest silna⁷³. Wynika to z tego, że korzyści z konkurencji dla konsumentów są pochodną cech produktu, który nabywają. Dopóki więc konkurencja „międzymarkowa” jest na odpowiednim poziomie, producenci mają interes w dalszym rozwijaniu swoich produktów, dzięki czemu nabywca końcowy

68 V. Verouden, *op. cit.* s. 1827.

69 P. Buciorossi, *op. cit.*, s. 753.

70 M. Levenstein, V. Suslow, *op. cit.*, s. 40-48, V. Verouden, *op. cit.*, s. 1835-1836.

71 Wytyczne wertykalne, pkt 100.

72 P. Buciorossi, *op. cit.*, s. 749.

73 Wytyczne wertykalne, pkt 102.

będzie odnosił korzyści, niezależnie od stanu konkurencji „wewnątrzmarkowej”, ponieważ wybierze produkt, który bardziej mu odpowiada⁷⁴.

Dodatkowym czynnikiem, który należy brać pod uwagę przy ocenie skutków danego ograniczenia jest czas jego trwania⁷⁵. Jako przykład można wskazać sytuację, w której przedsiębiorcy zawierają krótkotrwałe porozumienie, jednak obejmujące daleko idące ograniczenia wertykalne, co może w ostatecznym rozrachunku mieć prokonkurencyjny skutek, ponieważ pozwoli nowemu przedsiębiorstwu wejść na rynek o dość dużych barierach wejścia, co bez zawarcia wspomnianego porozumienia byłoby bardzo utrudnione lub wręcz niemożliwe.

Podsumowując powyższe rozważania, należy po raz kolejny zaznaczyć, że wiarygodna ocena ekonomicznych skutków ograniczeń wertykalnych, bez szczegółowej analizy szeregu okoliczności nie jest co do zasady możliwa. Nie da się jednoznacznie stwierdzić, że dany typ ograniczeń jest zawsze szkodliwy lub odwrotnie. Przy badaniu skutków ograniczeń wertykalnych odnoszących się do dystrybucji należy przede wszystkim brać pod uwagę poziom konkurencji „wewnątrzmarkowej” i „międzymarkowej” na danym rynku właściwym. Uwagi te zachowują swoją aktualność również na gruncie prawa konkurencji. Przepisy prawne ustanawiające reguły oceny ograniczeń wertykalnych powinny uwzględniać ich złożoną naturę. W przeciwnym razie proces stosowania prawa będzie miał charakter zbyt formalistyczny. Nie będzie to także w odpowiedni sposób prowadziło do realizacji celów polityki konkurencji.

2.2. Ograniczenia wertykalne w świetle przesłanek zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE

Analiza warstwy językowej zakazu wyrażonego art. 101 ust. 1 TFUE skłania raczej ku wnioskowi, że nie dokonuje on rozróżnienia na ograniczenia wertykalne i horyzontalne. Na jak najszerszy zakres przedmiotowy wspomnianego przepisu wskazuje zastosowanie zwrotów „wszelkie porozumienia”, „wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw”, „wszelkie praktyki uzgodnione”. Ponadto przykładowa lista zachowań niezgodnych z rynkiem wewnętrznym zawarta w tym przepisie również nie daje podstaw do wykluczenia z jego zakresu zastosowania ograniczeń wertykalnych. Wszystkie praktyki wprost wymienione w art. 101 ust. 1 lit. a-e TFUE mogą bowiem być zarówno efektem porozumienia między konkurentami, jak i między przedsiębiorstwami znajdującymi się na różnych szczeblach obrotu.

Już na bardzo wczesnym etapie obowiązywania Traktatu EWG ustalone zostało, że zakaz zawarty w art. 85 ust. 1 TEWG odnosi się zarówno do porozumień wertykalnych, jak i horyzontalnych. Należy przypomnieć, że w tamtym okresie wielu ekonomistów było zdania, że ograniczenia wertykalne nie mają negatywnego wpływu na konkurencję i dlatego *per se* nie powinny zostać objęte zakazem wyrażonym w art. 85 ust. 1 TEWG⁷⁶. W roku 1966 Trybunał wydał wyrok w sprawie *Société Technique Minière*, w którym wyraził stanowisko, że art. 85 TEWG nie

⁷⁴ P. Bucirossi, *op. cit.*, s. 749.

⁷⁵ Wytyczne wertykalne, pkt 108.

⁷⁶ Zob. stanowisko rządu Niemiec w sprawach połączonych *Consten i Grundig*.

rozdziela między porozumieniami wertykalnymi a horyzontalnymi⁷⁷. W związku z tym nie można przyjmować, że porozumienia wertykalne *per se* nie są objęte zakresem zastosowania zakazu wyrażonego w art. 85 TEWG. Stanowisko to zostało potwierdzone w sprawach połączonych *Consten i Grundig*, w której Trybunał zaznaczył, że *zasada wolnej konkurencji dotyczy jej różnych stadiów i aspektów*⁷⁸ i nawet w sytuacji, gdy porozumienie wertykalne co prawda ogranicza konkurencję „wewnątrzmarkową”, ale jednocześnie zwiększa konkurencję „międzymarkową”, to nie zmienia to faktu, że takie porozumienie nadal może wchodzić w zakres zastosowania art. 85 ust. 1 TEWG. Analiza przywołanych orzeczeń prowadzi do wniosku, że Trybunał – mając na uwadze, że art. 85 ust. 1 TEWG zakazuje nie tylko porozumień, których skutkiem jest ograniczenie konkurencji, lecz także takich, których jest to celem, niezależnie od ewentualnych następstw – nie chciał dopuścić do zawężania zakresu zastosowania zakazu wyrażonego w art. 85 ust. 1 TEWG poprzez przyjęcie ogólnego domniemania zgodności porozumień wertykalnych z zasadami konkurencji. Konsekwencją takiego podejścia jest także to, że na etapie oceny czy dane porozumienie wchodzi w zakres zastosowania obecnego art. 101 ust. 1 TFUE nie ma miejsca na dokonywanie analizy prokonkurencyjnych i antykonkurencyjnych skutków danego porozumienia⁷⁹.

Na marginesie należy wskazać, że w tym samym okresie w doktrynie prawa konkurencji Stanów Zjednoczonych uznanie zdobywało bardzo łagodne podejście do ograniczeń wertykalnych. W wyroku w sprawie *GTE Sylvania*⁸⁰ Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stanął na stanowisku, że ograniczenia wertykalne o charakterze pozacenowym należy traktować inaczej niż analogiczne ograniczenia zawarte w porozumieniu między konkurentami⁸¹. Zdaniem Douglasa H. Ginsburg następstwem wydania tego orzeczenia było nie tyle dalsze stosowanie przez sądy uznanej w orzecznictwie amerykańskim reguły rozsądku, to znaczy każdorazowe ważenie pro- i antykonkurencyjnych skutków danego porozumienia, co wręcz uznawanie pozacenowych ograniczeń wertykalnych za *per se* legalne, pod warunkiem istnienia odpowiedniego poziomu konkurencji na rynku i braku pozycji monopolistycznej stron porozumienia⁸².

Na gruncie europejskiego prawa konkurencji, aby można było zastosować art. 101 ust. 1 TFUE (podobnie jak jego historyczne odpowiedniki) do danego porozumienia spełniony musi zostać szereg przesłanek. Przesłanka podmiotowa, tzn. okoliczność, że strony porozumienia muszą stanowić przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE, a także przesłanka wystąpienia jednej z form zakazanych zachowań, tj. porozumienia, decyzji związku przedsiębiorstw lub uzgodnionych praktyk nie wymagają szczegółowego omówienia na potrzeby niniejszej pracy.

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

78 Wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 *Établissements Consten S.A.R.L. i Grundig Verkaufs GmbH przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1966:41.

79 J. Goyder, *EU Distribution Law*, Hart Publishing 2011, s. 31.

80 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 23 czerwca 1977 r. w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36.

81 D. Sokol, *The Transformation of Vertical Restraints: per se Illegality, the Rule of Reason, and per se Legality*, *Antitrust Law Journal* vol. 79 (2014) No. 3, s. 1011.

82 D. Ginsburg, *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, 60 *Antitrust Law Journal* vol. 60 (1992) No. 1, s. 67.

Kolejną przesłanką warunkującą możliwość zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE jest istnienie wpływu na handel między państwami członkowskimi. Przesłanka ta spełnia dwojakie funkcje⁸³. Oprócz funkcji materialnoprawnej można także wyróżnić aspekt formalnoprawny przesłanki wpływu na handel, związany z określeniem jurysdykcji w danej sprawie⁸⁴. Szczególne znaczenie ma to od momentu wejścia w życie rozporządzenia nr 1/2003⁸⁵.

Pojęcie wpływu na handel między państwami członkowskimi jest pojęciem autonomicznym prawa UE. Jakkolwiek przesłanka ta powinna być co do zasady analizowana osobno w każdym przypadku⁸⁶, to jednak z orzecnictwa Trybunału można wywieść pewne elementy decydujące dla stwierdzenia, czy dane porozumienie wpływa na handel między państwami członkowskimi. Przede wszystkim zgodnie z wyrokiem w przywoływanej już sprawie *Société Technique Minière*, porozumienie może mieć wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi, jeżeli można przewidzieć z dostatecznym stopniem prawdopodobieństwa, na podstawie obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, iż porozumienie to może mieć wpływ, bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny na strukturę handlu pomiędzy państwami członkowskimi.

Przechodząc do bardziej szczegółowej analizy przywołanej wypowiedzi Trybunału, po pierwsze należy wskazać, że pojęcie „handlu” na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE wykracza poza słownikowe znaczenie obejmujące jedynie działalność polegającą na kupnie, sprzedaży lub wymianie towarów i usług⁸⁷. Poprzez „handel” należy bowiem rozumieć jakąkolwiek transgraniczną aktywność o charakterze gospodarczym⁸⁸.

Następnie, zwrot „dostateczny stopień prawdopodobieństwa” wskazuje na brak konieczności stwierdzenia, że wpływ na handel nastąpił lub ma nastąpić, a tylko że dane zachowanie jest zdolne taki efekt wywołać (ang. *capable*)⁸⁹. Co ważne, ocenie podlegają wyłącznie okoliczności obiektywne, toteż nie ma większego znaczenia to, czy istniał zamiar przedsiębiorców – stron porozumienia obejmujący udział w wymianie handlowej między państwami członkowskimi⁹⁰.

Przy badaniu istnienia wpływu na handel, zgodnie z orzecnictwem Trybunału, należy analizować dane porozumienie jako całość⁹¹ i brać pod uwagę szereg okoliczności prawnych oraz faktycznych. Obejmują one: charakter porozumienia, naturę produktów lub usług, których dotyczy porozumienie⁹², pozycję rynkową

83 J. Goyder, *EU Distribution...*, s. 28.

84 P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*, Oxford 2008, s. 71.

85 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie regul konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. WE L 1/1 z 4.1.2003.

86 Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Wytoczne dot. pojęcia wpływu na handel), Dz. Urz. UE C 101/81 z 27.4.2004, pkt 12.

87 Internetowy słownik języka polskiego, <https://sjp.pwn.pl/sjp/handel;2463912.html>, data dostępu 17.03.2018 r.

88 Wytoczne dot. pojęcia wpływu na handel, pkt 19.

89 Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar plc przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1999:246, pkt 170.

90 G. Materna [w:] A. Wróbel red. *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. II*, Warszawa 2012, s. 244.

91 Wyrok Trybunału z dnia 4 maja 1999 r. w sprawach połączonych C-108/97 i C-109/97 *Windsurfing Chiemsee Produktions – und Vertriebs GmbH (WSC) przeciwko Boots – und Segelzubehör Walter Huber i Franz Attenberger*, ECLI: ECLI:EU:C:1999:230, pkt 96-97.

92 P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child ...*, s. 73.

i znaczenie przedsiębiorców będących stronami porozumienia⁹³, a także otoczenie prawne w którym funkcjonują⁹⁴. Przy analizie kategorii określonej mianem „natury produktu” istotne znaczenie ma okoliczność, czy dany produkt może łatwo podlegać handlowi transgranicznemu⁹⁵. Powyższe należy odnieść w szczególności do zjawiska handlu elektronicznego, dzięki któremu niemalże wszystkie rodzaje dóbr w łatwy sposób mogą być przedmiotem transgranicznego obrotu. Bezpośredni wpływ na handel zachodzi w stosunku do dóbr i usług, których dotyczy dane porozumienie, natomiast wpływ pośredni odnosi się do produktów powiązanych (np. półproduktów)⁹⁶.

Odnosząc się zaś do pojęcia „struktury handlu”, należy wskazać, że ma ono charakter neutralny. Oznacza to, że istnienie ograniczenia lub zmniejszenia konkurencji nie ma charakteru decydującego dla oceny czy doszło do wpływu na handel między państwami członkowskimi. Nawet w razie występowania skutków prokonkurencyjnych nie można wykluczyć, że opisywana przesłanka nie została spełniona. Istotne jest bowiem przede wszystkim to, czy handel rozwijałby się inaczej, gdyby danego porozumienia nie było⁹⁷.

W latach 70. poprzedniego wieku w orzecznictwie Trybunału wypracowano jeszcze jeden element oceny porozumień pod kątem ich wpływu na handel między państwami członkowskimi. W wyroku w sprawie *Béguelin*⁹⁸ stwierdzono lakonicznie, że ów wpływ musi być znaczący. Precyzyjne określenie, w jakich sytuacjach mamy do czynienia ze znaczącym wpływem na handel między państwami członkowskimi nie jest możliwe choćby ze względu na to, że poszczególne kategorie porozumień nie są sobie równe.

W wyroku w sprawie *Miller*⁹⁹ Trybunał jako granicę przyjął próg 5 procent udziału w rynku. Z czasem jednak okazało się, że uzależnianie oceny od udziału rynkowego może być niewystarczające. W wyroku w sprawie *Musique Diffusion Française*¹⁰⁰, pomimo relatywnie niskiego udziału w rynku stron porozumienia, Trybunał stwierdził, że przesłanka znaczącego wpływu na handel jest spełniona, ponieważ rynek właściwy był co prawda mocno podzielony, ale strony porozumienia osiągały na nim bardzo wysokie obroty.

W związku z powyższym Komisja w swoich wytycznych przyjęła wzruszalne domniemanie braku znaczącego wpływu na handel w oparciu o kumulatywne przesłanki udziału w rynku oraz rocznego obrotu¹⁰¹. Na marginesie należy odróżnić opisane wyżej progi od tzw. reguły *de minimis*, która ma znaczenie na etapie badania

93 Wyrok Trybunału z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-306/96, *Javico International i Javico AG przeciwko Yves Saint Laurent Parfums SA*, ECLI:EU:C:1998:173 pkt 17

94 Wytyczne dot. pojęcia wpływu na handel, pkt 32.

95 Tamże, pkt 30.

96 Tamże, pkt 37-38.

97 Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2003:335, pkt 163.

98 Wyrok Trybunału z dnia 25 listopada 1971 r. w sprawie C-22/71 *Béguelin Import Co. przeciwko S.A.G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113, pkt 16.

99 Wyrok Trybunału z dnia 1 lutego 1978 w sprawie C-19/77 *Miller International Schallplatten GmbH przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1978:19, pkt 9-10.

100 Wyrok Trybunału z dnia 7 czerwca 1983 w sprawach połączonych C-100 do 103/80 *SA Musique Diffusion Française i inni przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1983:158, pkt 86.

101 Szczegółowe liczby zob. Wytyczne dot. pojęcia wpływu na handel, pkt 52.

skutków porozumienia obejmujących zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego (co będzie omówione poniżej).

Podsumowując, przesłanka wpływu na handel interpretowana jest bardzo szeroko, w związku z czym sytuacja, w której art. 101 ust. 1 TFUE nie znajdzie zastosowania w danym przypadku właśnie ze względu na brak jej spełnienia jest mało prawdopodobna¹⁰². Ma to oczywiście związek z postępującą budową rynku wewnętrznego. Ponadto jak widać, okoliczność, że ograniczenia wertykalne mogą mieć również skutki prokonkurencyjne nie ma na tym etapie większego znaczenia.

Najistotniejszą (na gruncie badania, czy doszło do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE) przesłanką jest potrzeba stwierdzenia istnienia antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia. Zgodnie z powołanym przepisem może to być: *zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego*. Zwroty te wskazują na trzy formy zakazanego oddziaływania na konkurencję w zależności od natężenia negatywnego na nią wpływu¹⁰³. Jednocześnie należy zaznaczyć, że rozróżnienie to nie ma doniosłego znaczenia praktycznego¹⁰⁴. Pojęcia celu i skutku mają charakter równorzędny i stosowane są alternatywnie, a nie kumulatywnie¹⁰⁵. W związku z tym, także z powodów czysto pragmatycznych, w pierwszym rzędzie należy dokonać oceny, czy dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, a w razie stwierdzenia, że tak nie jest, dopiero przejść do szczegółowej analizy niezbędnej do ustalenia, czy dane porozumienie będzie zakazane na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE ze względu na skutki jakie wywołuje.

Porozumieniami zakazanymi ze względu na cel będą takie porozumienia, które już ze względu na *sam ich charakter* można uznać za *szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji*¹⁰⁶. W związku z tym nie jest potrzebne badanie ich rzeczywistych skutków. Z tego też względu interpretacja zmierzająca do wykazania, że dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel powinna mieć charakter zawężający. Kategorię porozumień zakazanych ze względu na cel można na gruncie konstrukcji prawnej porównać do tzw. przestępstw formalnych lub przypadku odpowiedzialności deliktowej na zasadzie ryzyka¹⁰⁷. We wszystkich tych sytuacjach chodzi bowiem o to, że ryzyko nastąpienia pewnych negatywnych następstw jest na tyle duże, że uzasadnia reakcję o charakterze prewencyjnym.

Jak wskazuje D. Bailey, zaletą takiego podejścia jest zwiększenie pewności i bezpieczeństwa prawnego podmiotów prowadzących działalność gospodarczą¹⁰⁸. Nie można jednak zapominać, że zawsze odbywa się to kosztem elastyczności prawa, a jednocześnie doświadczenie pokazuje, że brak jest zgody co do

102 J. Goyder, *EU Distribution ...*, s. 28.

103 R. Poźdźik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej: studium z prawa antymonopolowego*, Lublin 2006, s. 76.

104 G. Materna [w:] A. Wróbel red. *Traktat ...*, Warszawa 2012, s. 228.

105 Takie argumenty wysuwano na gruncie włoskiej wersji językowej art. 85 TEWG, zob. wyrok Trybunału z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-219/95 P, *Ferriere Nord SpA przeciwko Komisji* ECLI:EU:C:1997:375, pkt 14-15.

106 Wyrok Trybunału z dnia 20 listopada 2008 w sprawie C-209/07 *Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*. (Wyrok w sprawie BIDS), ECLI:EU:C:2008:643, pkt 17.

107 Zob. opinię Rzecznika Generalnego V. Trstenjak w sprawie BIDS, ECLI:EU:C:2008:467, pkt 46.

108 D. Bailey, *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, CMLR vol. 49 (2012), ls. 2, s. 565-566.

ostatecznego kształtu katalogu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji¹⁰⁹. Ponadto istnienie kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel ułatwia pracę organom właściwym do spraw konkurencji, uwalniając je od potrzeby dokonywania szczegółowej analizy aspektów ekonomicznych, w tym w szczególności wyznaczania rynku właściwego¹¹⁰.

Badanie istnienia antykonkurencyjnego celu porozumienia powinno opierać się przede wszystkim na kryteriach obiektywnych¹¹¹. Bez większego znaczenia przy ocenie pozostają zatem takie okoliczności, jak zamiar stron porozumienia¹¹², to która ze stron jako pierwsza wyszła z inicjatywą zawarcia porozumienia¹¹³, a także chociażby fakt, że jeden z uczestników brał udział w porozumieniu wbrew swojej woli¹¹⁴. Jednocześnie nawet w sytuacji, gdy zamiarem stron była poprawa konkurencji na rynku, może się okazać, że ich porozumienie miało antykonkurencyjny cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE¹¹⁵. Podobnie w przypadku, gdy porozumienia nie wcielono w życie, także w takiej sytuacji może dojść do ograniczenia konkurencji ze względu na cel¹¹⁶. Na marginesie należy wskazać, że okoliczność ta może mieć znaczenie na etapie określania wysokości kary dla uczestników porozumienia.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału elementami, które należy przede wszystkim brać pod uwagę przy analizie omawianej przestanki są treść porozumienia oraz kontekst gospodarczy i prawny, a także charakter towarów lub usług objętych porozumieniem oraz rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktura rynku¹¹⁷.

Pojęcie „treść porozumienia” jest oczywiście rozumiane szeroko, a co za tym idzie, obejmuje wszystko co strony *spisały, powiedziały lub zrobiły*¹¹⁸. Na potrzeby stwierdzenia antykonkurencyjnego celu porozumienia potrzebne jest wykazanie, że już w oparciu o samą jego treść uzasadnione jest zastosowanie zakazu¹¹⁹. Analiza treści nie może jednak odbywać się w sposób abstrakcyjny.

Trudno jest obiektywnie określić, jakiego rodzaju okoliczności należy badać w ramach oceny kontekstu gospodarczego i prawnego porozumienia, a jakiego nie. Z jednej strony organy do spraw ochrony konkurencji powinny wystrzegać się nadmiernego formalizmu, z drugiej zaś ważyć skutków pro- i antykonkurencyjnych

109 W kontekście wzajemnej relacji między tzw. *hardcore restrictions* a porozumieniami zakazanymi ze względu na cel zob. J. Goyder, *Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements*, JEC-LAP, vol. 2 (2011), No. 4; S. Vollerling, *When a hardcore restriction is not an object restriction*, ECLR vol. 39 (2018) Is. 2.

110 D. Bailey, *Restrictions of Competition...*, s. 568.

111 W angielskiej wersji Traktatu posłużono się słowem „object”, co jeszcze bardziej podkreśla obiektywny charakter tej przestanki. W związku z tym niektórzy (B. Turno, D. Miąsik) twierdzą, że w polskim tłumaczeniu powinien znaleźć się zwrot „przedmiot porozumienia”.

112 Wyrok Trybunału z dnia 6 października 2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P oraz C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i inni przeciwko Komisji* (Wyrok w sprawie GSK), ECLI:EU:C:2009:610, pkt 58.

113 D. Vaughan et. al, *EU Competition Law General Principles*, Richmond 2006, s. 75.

114 Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 6 kwietnia 1995 r w sprawie T-141/89 *Tréfileurope Sales SARL przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1995:62, pkt 58.

115 Wyrok w sprawie BIDS, pkt 21.

116 Decyzja Komisji z dnia 29 września 2004 r. w sprawie COMP/C.37.750/B2 *Brasseries Kronenbourg, Brasseries Heineken*, pkt 64.

117 Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 18 września 2001 r. w sprawie T-112/99 *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom i Télévision française 1 SA (TF1) przeciwko Komisji* (wyrok w sprawie Métropole télévision), ECLI:EU:T:2001:215, pkt 76.

118 D. Bailey, *Restrictions of Competition...*, s. 576.

119 Tamże, s. 576.

na gruncie art. 101 TFUE powinno mieć miejsce dopiero w ramach stosowania art. 101 ust. 3 TFUE¹²⁰.

Jednocześnie należy mieć na uwadze, że zbyt szczegółowa analiza kontekstu ekonomicznego i prawnego może prowadzić do zatarcia granicy pomiędzy zakazem ograniczeń konkurencji ze względu na cel i na skutek¹²¹. Trybunał dostrzegł ten problem, czemu dał wyraz w wyroku w sprawie *Toshiba*¹²². Stwierdzono tam, niestety dość lakonicznie, że ocena kontekstu gospodarczego i prawnego w sytuacjach, gdy mamy do czynienia ze szczególnie poważnymi naruszeniami konkurencji (w tym wypadku były to umowy o podziale rynku), może mieć ograniczony charakter. Jak słusznie wskazują K. Górna, M. Kozak i A. Wawruch, w świetle niejasnych wniosków płynących ze starszych orzeczeń¹²³, orzeczenie w sprawie *Toshiba* stanowiło krok w dobrą stronę¹²⁴.

Jednocześnie w opinii przedstawionej w tejże sprawie, rzecznik generalny M. Wathelet zaprezentował precyzyjne wytyczne dotyczące dokonywania analizy kontekstu prawnego i gospodarczego porozumienia. Wskazał on, że badanie tych elementów ma charakter pomocniczy i powinno następować dopiero w razie stwierdzenia, że dane porozumienie nie znajduje odzwierciedlenia w katalogu najcięższych naruszeń konkurencji, o których mowa w art. 101 ust. 1 TFUE¹²⁵. Pogląd ten jest szczególnie trafny, biorąc pod uwagę wspomniane wyżej funkcje, jakim ma służyć wprowadzenie kategorii zakazu porozumień ze względu na cel i nic nie stało na przeszkodzie, żeby w sprawie *Toshiba* Trybunał odniósł się do tej ważnej problematyki w sposób bardziej szczegółowy, na wzór wyводу zaprezentowanego przez rzecznika generalnego.

Na kanwie sprawy *Metro*¹²⁶, dotyczącej systemu dystrybucji selektywnej, Trybunał rozwinął (a zarazem skomplikował¹²⁷) doktrynę porozumień zakazanych ze względu na cel o kolejny istotny element przy badaniu, czy doszło do naruszenia zakazu. Trybunał stwierdził bowiem, że pewne względy natury obiektywnej mogą stanowić uzasadnienie dla działań prowadzących do ograniczenia konkurencji¹²⁸. Stanowisko to rozwinęto w orzeczeniu w sprawie *Pierre Fabre*, w którym Trybunał uznał, że w razie braku obiektywnego uzasadnienia mamy do czynienia z ograniczeniem

120 J. Goyder, *Cet Obscur...*, s. 329; podobnie D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE – glosa do wyroku ETS z 20.11.2008 r. w sprawie 209/07 Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, EPS 2009, nr 8, s. 57; zob. także Wyrok w sprawie *Métropole télévision*, pkt 72.

121 K. Górna, M. Kozak, A. Wawruch, *Ograniczenia konkurencji w porozumieniach wertykalnych – czy jest miejsce na badanie skutku? Uwagi w świetle ostatniego orzecznictwa sądów polskich i TSUE*, IKAR 7/2016, s. 94-110.

122 Wyrok Trybunału z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie C-373/14 P *Toshiba Corporation przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2016:26, pkt 29.

123 Chodzi tu w szczególności o wyroki w sprawach *Alianz Hungaria* oraz *Cartes Bancaires*.

124 K. Górna, M. Kozak, A. Wawruch, *Ograniczenia konkurencji ...*, s. 110.

125 Opinia Rzecznika Generalnego M. Watheleta w sprawie *Toshiba*, ECLI:EU:C:2015:427, pkt 56-91.

126 Wyrok Trybunału z dnia 25 października 1977 r. w sprawie 26-76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1977:167, pkt 20.

127 W szczególności w świetle tego, co zostało powiedziane na temat ważenia skutków pro- i antykonkurencyjnych na etapie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

128 Zob. też wyrok Trybunału z dnia 25 października 1983 r. w sprawie C-108/82 *AEG Telefunken przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1983:293, pkt 33.

ze względu na cel¹²⁹. Odnosząc zaś powyższe do handlu elektronicznego, biorąc pod uwagę efektywność internetu jako narzędzia pozwalającego na dotarcie do szerokiej grupy klientów, całkowite ograniczenie możliwości sprzedaży internetowej w porozumieniu między przedsiębiorcami będzie uzasadnione jedynie w szczególnie wyjątkowych przypadkach, przede wszystkim, kiedy jest to związane z wymogami przewidzianymi w przepisach prawa publicznego¹³⁰ (zagadnienie to zostanie omówione szerzej w następnych rozdziałach).

W razie stwierdzenia, że dane porozumienie nie stanowi ograniczenia ze względu na cel, należy przejść do zbadania, czy istnieją antykonkurencyjne skutki tego porozumienia. Często okoliczność ta będzie zachodzić w sytuacji, gdy dana praktyka jednocześnie realizuje cele prawnie dozwolone i tylko pewne jej elementy stanowią zagrożenie dla konkurencji¹³¹. Jednocześnie należy zaznaczyć, że także na tym etapie oceny, co do zasady, nie powinno dochodzić do ważenia pro i antykonkurencyjnych efektów porozumienia.

W odróżnieniu od kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel w ramach badania skutków nie można przyjąć żadnego domniemania i konieczne jest oparcie rozstrzygnięć w przeważającej mierze szczegółowej na analizie ekonomicznej, która obejmuje wyznaczenie rynku właściwego oraz ocenę efektów rzeczywistych, jak też potencjalnych porozumienia, z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego i prawnego¹³².

Przede wszystkim należy zbadać, jak kształtowałaby się konkurencja na rynku właściwym, w przypadku, gdyby analizowanego porozumienia nie zawarto¹³³. Jest to szczególnie ważny element analizy w odniesieniu do rynków podlegających liberalizacji lub rynków wschodzących¹³⁴. Konieczne jest przy tym również wykazanie, że skutki w postaci zmiany struktury konkurencji pozostają w związku z badanym porozumieniem¹³⁵. Może mieć to znaczenie w szczególności w wypadku, gdy na danym rynku istnieje wiele podobnych porozumień. Ponadto należy wziąć pod uwagę szereg dodatkowych czynników, takich jak na przykład charakter towarów i usług, struktura rynku właściwego, pozycja i znaczenie stron porozumienia, a także otoczenie prawne¹³⁶.

Antykonkurencyjne skutki na rynku właściwym mogą się przejawiać między innymi w negatywnym wpływie na ceny, innowacyjność, dostępność dóbr i usług lub ich jakość¹³⁷. Dodatkowym elementem związanym z przestanką skutku polegającego na ograniczeniu konkurencji jest tzw. reguła *de minimis*. Stanowi ona następstwo stwierdzenia, że aby móc zastosować art. 101 ust. 1 TFUE skutek antykonkurencyjny

129 Wyrok Trybunału (trzecia izba) 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* (Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*), ECLI:EU:C:2011:649, pkt 35-47.

130 Opinia Rzecznika Generalnego J. Mazáka w sprawie *Pierre Fabre*, ECLI:EU:C:2011:113, pkt 35.

131 G. Materna [w:] A. Wróbel red., *Traktat ...*, s. 232-233.

132 Wyrok Trybunału z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89, *Stergios Delimitis przeciwko Henninger Bräu AG*, ECLI: ECLI:EU:C:1991:91, pkt 13-14.

133 Zob. wyrok w sprawie *Société Technique Minière*.

134 Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 2 maja 2006 r. w sprawie T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2006:116, pkt 71-72.

135 K. Górna, M. Kozak, A. Wawruch, *Ograniczenia konkurencji ...*, s. 110.

136 G. Materna [w:] A. Wróbel red., *Traktat ...*, s. 233-234.

137 Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE), Dz. Urz. UE C 101/97 z 27.4.2004, pkt 24.

musi być znaczący. Regułę tą sformułował Trybunał w wyroku w sprawie *Völk*¹³⁸, zaś współcześnie stosowanie reguły *de minimis* oparte jest na stosownym komunikacie Komisji¹³⁹, w którym znajdują się informacje o progach procentowego udziału w rynku stron porozumienia¹⁴⁰. Poniżej wskazanych wartości zakaz z art. 101 ust. 1 TFUE nie znajdzie zastosowania. Jednocześnie zgodnie ze stanowiskiem Komisji, dobrodziejstwo reguły *de minimis* nie znajdzie zastosowania w stosunku do ograniczeń konkurencji ze względu na cel¹⁴¹.

Jest jeszcze jedna przesłanka zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE, która nie została wyrażona w tekście tego przepisu. Chodzi tu o kwestię tzw. ograniczeń dodatkowych lub akcesoryjnych (ang. *ancillary restraints*). Są to ograniczenia *bezpośrednio związane z operacją główną i konieczne do realizacji tej operacji*¹⁴². W zakresie ich oceny z punktu widzenia zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE przyjęto, że jeżeli w odniesieniu do porozumienia głównego nie stwierdzono istnienia celu lub skutku w postaci ograniczenia konkurencji na rynku wewnętrznym, to ograniczenia akcesoryjne również nie będą objęte zakazem, pod warunkiem, że są one związane bezpośrednio z ograniczeniem głównym oraz są niezbędne do jego realizacji, a także spełniają wymóg proporcjonalności¹⁴³. Oznacza to, że bez ograniczeń dodatkowych porozumienia dojście do skutku porozumienia głównego byłoby niemożliwe lub znacznie utrudnione¹⁴⁴.

Podsumowując powyższe rozważania, wskazać należy, że różnice między porozumieniami horyzontalnymi i wertykalnymi zaobserwowane na gruncie nauki ekonomicznej nie znalazły zbyt dużego odzwierciedlenia w konstrukcji zakazu praktyk ograniczających konkurencję, wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Przy badaniu większości przesłanek zastosowania tego przepisu specyfika ograniczeń wertykalnych, a w szczególności duże prawdopodobieństwo istnienia ich prokonkurencyjnego skutku, nie ma większego znaczenia. Inaczej kształtuje się sytuacja na gruncie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE oraz aktów prawa pochodnego wydanych na jego podstawie, co zostanie omówione poniżej.

2.3. Ograniczenia wertykalne w świetle przesłanek zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE

W obecnym stanie prawnym, ze względu na bezpośrednią skuteczność art. 101 ust. 3 TFUE¹⁴⁵, analiza porozumień pod kątem tego przepisu jest naturalną konsekwencją uznania, że dana praktyka stanowi ograniczenie konkurencji w myśl art. 101 ust. 1

138 Wyrok Trybunału z dnia 9 lipca 1969 w sprawie 5-69 *Franz Völk przeciwko S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, ECLI:EU:C:1969:35.

139 Komunikat Komisji, Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*), Dz. Urz. UE C 291/1 z 30.08.2014 r.

140 Warto zaznaczyć, że próg dopuszczalności dla porozumień horyzontalnych jest niższy niż w przypadku wertykalnych.

141 Zob. też wyrok Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia Inc. przeciwko Autorité de la concurrence i in.*, ECLI:EU:C:2012:795, pkt 37.

142 Wyrok w sprawie *Métropole télévision*, pkt 104-116.

143 J. Goyder, *EU Distribution...*, s. 33.

144 Wyrok w sprawie *Métropole télévision*, pkt 109.

145 O zmianach wprowadzonych rozporządzeniem nr 1/2003 będzie mowa szerzej w dalszej części tego podrzdziału.

TFUE. W związku z powyższym, dopiero po tej operacji można uznać, że w danym przypadku zastosowanie znajduje sankcja nieważności postanowień niezgodnych z prawem konkurencji, przewidziana w art. 101 ust. 2 TFUE.

Podstawowa różnica między analizą dokonywaną na potrzeby zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE a tą przewidzianą w ust. 3 tego przepisu tkwi w ciężarze dowodu. Wykazanie prokonkurencyjnych właściwości danego porozumienia obciąża bowiem przedsiębiorstwo, które na taką okoliczność się powołuje. Wobec tego obecnie przyjmuje się, że instytucja wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję stanowi środek obrony¹⁴⁶.

Przechodząc do szczegółowej analizy postanowień art. 101 ust. 3 TFUE, przede wszystkim należy wskazać, że przepis ten formułuje cztery przesłanki, dwie negatywne i dwie pozytywne, które muszą zostać spełnione kumulatywnie. Po pierwsze dane porozumienie (decyzja związku przedsiębiorstw, praktyka uzgodniona) musi przyczyniać się do *polepszenia produkcji lub dystrybucji towarów, bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego* (przesłanka pierwsza). Ponadto dla *użytkowników* musi być zastrzeżona słuszną część zysku, który wynika z opisanych wyżej ulepszeń (przesłanka druga). Jednocześnie porozumienia podlegające wyłączeniu nie mogą *nakładać na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia celów prokonkurencyjnych* (przesłanka trzecia) oraz nie mogą *dawać przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów* (przesłanka czwarta).

Przesłanki te omówione zostaną w takiej kolejności, w jakiej zgodnie z wytycznymi Komisji w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE¹⁴⁷ powinny być one oceniane, a więc odbiegającej od tej przyjętej w tekście Traktatu.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić (zaś przedsiębiorstwo powinno to udowodnić), czy dane porozumienie generuje korzyści, które można zaliczyć do którejkolwiek z czterech kategorii wymienionej w pierwszej przesłance wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE. W razie braku korzyści płynących z antykonkurencyjnego porozumienia badanie dalszych przesłanek nie ma bowiem racji bytu. W związku z tym przesłankę pierwszą należy traktować jako najważniejszy element art. 101 ust. 3 TFUE¹⁴⁸. Oznacza to, że aktywność dowodowa przedsiębiorstw w tym zakresie powinna być szczególnie dokładna. Komisja wskazuje bowiem, że dla stwierdzenia istnienia korzyści na potrzeby spełnienia pierwszej przesłanki, należy zweryfikować następujące okoliczności: charakter korzyści; związek między porozumieniem a korzyściami; prawdopodobieństwo zaistnienia i nasilenie korzyści; to jak i kiedy każda z korzyści zostanie osiągnięta¹⁴⁹. Istotą pierwszej przesłanki jest zatem wykazanie, że istnieją korzyści o charakterze obiektywnym, wykraczające poza biznesowy interes stron porozumienia¹⁵⁰.

146 Tak A. Jurkowska-Gomułka [w:] A. Wróbel red., Traktat ..., s. 289.

147 Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE) Dz. Urz. UE C 101/97 z 27.04.2004 r., pkt 39.

148 A. Jurkowska-Gomułka [w:] A. Wróbel red., Traktat ..., s. 297-298 i cytowana tam literatura.

149 Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 51.

150 Decyzja Komisji z dnia 27 lipca 1992 r. w sprawach IV/32.800 oraz IV/33.335 *Quantel International – Continuum/Quantel SA*, Dz. Urz. WE L 235/9 z 18.08.1992 r., pkt 52.

Na potrzeby tematyki niniejszej pracy warto omówić dwie spośród kategorii wchodzących w zakres pierwszej przesłanki tj. okoliczność poprawy dystrybucji i poprawy produkcji. Jak wskazywano wcześniej porozumienia wertykalne mogą wywierać pozytywne skutki w tym zakresie. Przykładowo, próby eliminacji efektu gapowicza, poprzez wprowadzenie przez producenta danego towaru systemu dystrybucji selektywnej, mogą jednocześnie doprowadzić do poprawy jakości obsługi klienta. Uczestnicy systemu będą bowiem zobowiązani do zapewnienia klientom fachowej obsługi technicznej przy wyborze produktu. Korzyści, o których mowa w pierwszej przesłance, nie muszą mieć bowiem wyłącznie charakteru ilościowego, lecz także jakościowy¹⁵¹. W decyzji w sprawie *Yves Saint Laurent*, za korzyść w rozumieniu pierwszej przesłanki, Komisja uznała także okoliczności związane z zaspokojeniem subiektywnego odczucia konsumentów odnośnie do prestiżu marki¹⁵².

Kolejnym etapem analizy powinno być badanie przesłanki trzeciej, która – jak trafnie wskazuje A. Jurkowska-Gomułka – *stanowi swoiste lustrzane odbicie przesłanki pierwszej*¹⁵³. Jej istnienie powoduje, że między porozumieniem i znajdującymi się w nim ograniczeniami konkurencji a postulowanymi korzyściami, które mają z niego wypływać, musi istnieć coś więcej niż prosty związek przyczynowy¹⁵⁴. Badanie przesłanki drugiej ma charakter dwuetapowy. Po pierwsze należy ocenić, czy porozumienie jako takie jest w uzasadniony sposób niezbędne (ang. *reasonably necessary*) dla osiągnięcia postulowanych korzyści. Oznacza to, że korzyści te są prawdopodobnym następstwem porozumień tego typu i jednocześnie nie ma innej możliwości ich osiągnięcia, rozsądnej z ekonomicznego punktu widzenia, a zarazem powodującej mniejsze ograniczenia konkurencji. Po drugie, konkretne ograniczenia wynikające z danego porozumienia muszą być w uzasadniony sposób niezbędne dla osiągnięcia tychże korzyści. Przy czym im bardziej restryktywne jest dane ograniczenie, tym większą korzyść musi powodować, aby spełnić wymóg przewidziany w trzeciej przesłance¹⁵⁵. Innymi słowy, decydujący charakter ma fakt, czy w razie braku porozumienia i znajdujących się w nim ograniczeń powstałoby więcej korzyści niż w sytuacji odwrotnej. Jednocześnie w ramach analizy trzeciej przesłanki nie ma miejsca na badanie, czy przedsiębiorstwa zawarłyby dane porozumienie, gdyby nie zawierało ono ograniczeń¹⁵⁶.

Pojęcie „uzasadnionej niezbędności” ma charakter relatywny. Przy ocenie należy zatem brać pod uwagę szereg okoliczności odnoszących się do danego przypadku, takich jak: struktura rynku, motywy uczestników porozumienia, poziom ryzyka ekonomicznego związanego z porozumieniem, a także długość obowiązywania porozumienia¹⁵⁷.

Ponadto należy zaznaczyć, że zdaniem Komisji najcięższe ograniczenia konkurencji (tzw. *hardcore restrictions*) w wielu przypadkach nie będą mogły skorzystać

151 Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 69-72.

152 Decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1991 r. w sprawie IV/33.242 *Yves Saint Laurent Parfums*, Dz. Urz. WE L 12/24 z 18.01.1992 r., pkt II.B.2-3.

153 A. Jurkowska-Gomułka [w:] A. Wróbel red., *Traktat ...*, s. 302.

154 P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child ...*, s. 221.

155 Zob. np. wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie T-86/95 *Compagnie générale maritime i inni przeciwko Komisji* ECLI: ECLI:EU:T:2002:50, pkt 392-396.

156 Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 73-76.

157 A. Jurkowska-Gomułka [w:] A. Wróbel red., *Traktat ...*, s. 304.

z dobrodziejstwa art. 101 ust. 3 TFUE – właśnie ze względu na niespełnienie przesłanki trzeciej¹⁵⁸. Jak wskazano powyżej, im cięższe ograniczenie konkurencji, tym więcej korzyści musi ono generować, aby można było objąć je wyłączeniem.

Przenosząc powyższe na grunt przywołanego w kontekście pierwszej przesłanki przykładu, istnieją podstawy do stwierdzenia, że porozumienie o dystrybucji selektywnej jest niezbędne do osiągnięcia korzyści w postaci poprawy jakości obsługi klienta. W razie braku jego zawarcia, dystrybutorzy – w obawie przed wystąpieniem efektu gapowicza – nie decydowaliby się na inwestycję w fachową obsługę klienta.

W następnej kolejności zbadać należy przesłankę drugą, która wymaga ustalenia, czy „użytkownikom” zapewniono „słuszny udział” w „zysku” wynikającym z porozumienia. Zwrot „użytkownicy”¹⁵⁹ wskazuje na to, że przesłanka druga obejmuje nie tylko konsumentów, lecz po prostu wszystkich możliwych, zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich, nabywców dóbr i usług objętych porozumieniem¹⁶⁰. Sam „zysk” należy natomiast rozumieć jako te spośród korzyści wynikających z porozumienia, które można przenieść na użytkowników końcowych (ang. *pass-on efficiencies*). Udział w zysku jest „słuszny” w sytuacji, gdy rekompensuje szkody rzeczywiste lub potencjalne, wynikające z ograniczeń konkurencji spowodowanych danym porozumieniem. Oznacza to, że bilans skutków pro- i antykonkurencyjnych porozumienia musi być co najmniej neutralny dla użytkowników.

Wytyczne Komisji zawierają szereg wskazówek dotyczących tego, jak wyliczyć zysk na potrzeby drugiej przesłanki, a także co należy w ramach tej operacji brać pod uwagę¹⁶¹. Mimo wszystko, ważenie pro- i antykonkurencyjnych skutków danego porozumienia nie jest proste, szczególnie jeśli trzeba uwzględniać okoliczności, które ciężko „zmonetyzować”¹⁶². Jeżeli chodzi o korzyści natury jakościowej wytyczne Komisji nie są szczególnie pomocne¹⁶³.

Odnosząc powyższe do przykładowej sytuacji faktycznej, można wskazać chociażby porozumienie między producentem a dystrybutorami, w którym ustanowione zostały szczegółowe wymogi dotyczące wyglądu punktów sprzedaży danego produktu, w celu zachowania jego prestiżowego charakteru. W takim przypadku trudno jednak wycenić jakkolwiek zysk związany z wprowadzeniem takiego porozumienia w życie. W wyniku dalszej analizy możemy dojść do paradoksalnych wniosków. Korzyścią w tym przypadku będzie bowiem wzrost prestiżu marki, który – jak wskazywałem wcześniej – może stanowić korzyść w rozumieniu pierwszej przesłanki, zaś negatywnym skutkiem porozumienia może być wzrost ceny, wynikający z dodatkowych nakładów na odpowiednią prezentację produktu. Jednocześnie wzrost ceny w przypadku dobra luksusowego jest czymś pożądanym, ponieważ umacnia jego prestiżową „aurę”.

158 Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 79.

159 W angielskiej wersji traktatu zastosowano jednak zwrot *consumers*, zaś w niemieckiej *Verbraucher*. Oba oznaczają po polsku konsumenta. Zob. A. Jurkowska-Gomułka [w:] A. Wróbel red., *Traktat...*, s. 299.

160 Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 84. Nabywca pośredni oznacza osobę, która kupuje produkt końcowy stworzony z użyciem produktów dostarczanych przez przedsiębiorstwo – stronę porozumienia.

161 Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 95-101.

162 D. Geradin et. al., *EU competition law and economics*, Oxford 2012, s. 165.

163 Znajdujemy jedynie lakoniczne sformułowania w wytycznych w tym zakresie w pkt 102-104.

Czwarta przesłanka zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE o charakterze negatywnym zakłada, że dane porozumienie nie może *dawać przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów*. Przesłanka czwarta jest zatem wyrazem zasady, że podstawowym i nadrzędnym celem art. 101 TFUE jest ochrona zjawiska konkurencji jako takiego, niezależnie od tego, jakie korzyści mogłoby przynieść jej ograniczenie w danym przypadku.

Wystąpienie sytuacji, w której w myśl opisywanej przesłanki dochodzi do niedopuszczalnej eliminacji konkurencji zależy od szeregu czynników i powinno być indywidualnie oceniane w każdym przypadku. W ramach badania należy przede wszystkim porównać poziom konkurencji na rynku przed zawarciem analizowanego porozumienia i po jego zawarciu. Im bardziej osłabiona jest konkurencja w punkcie wyjściowym, tym bardziej szkodliwe będzie dalsze jej ograniczanie¹⁶⁴. Ponadto w wielu wypadkach zasadne będzie branie pod uwagę nie tylko aktualnej sytuacji na rynku, ale także potencjalnego rozwoju konkurencji¹⁶⁵. Dotyczyć to będzie w szczególności porozumień, które wprowadzają bariery wejścia na rynek, przykładowo w sytuacji, gdy jest on podzielony między kilku silnych producentów, którzy mają rozbudowane sieci dystrybucji.

Jednocześnie w różny sposób oceniać należy wpływ ograniczeń na poszczególne aspekty konkurencji. Silne ograniczenie konkurencji jednego typu (np. konkurencji w innowacji) przy jednoczesnym pozostawieniu bez zmian innych form konkurencji, może nie zawsze pozwalać na przyjęcie, że przesłanka czwarta została spełniona¹⁶⁶. Jak wskazuje Komisja, będzie to miało szczególne znaczenie w przypadku konkurencji cenowej, której ograniczenie, przy jednoczesnym pozostawieniu pozostałych aspektów konkurencji na tym samym poziomie, uzasadnia odmowę zastosowania wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE¹⁶⁷.

Odnosząc przesłankę czwartą do problematyki ograniczeń wertykalnych, warto przypomnieć rozróżnienie na konkurencję „wewnątrzmarkową” i „międzymarkową”. Zgodnie z tym co wskazano powyżej, nawet silne ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej” niekoniecznie będzie stanowić eliminację konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 3 lit. b TFUE w sytuacji, gdy na rynku funkcjonuje silna konkurencja „międzymarkowa”.

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że choć art. 101 ust. 3 TFUE zawiera szereg szczegółowo sformułowanych przesłanek, a nie klauzulę generalną, która sprowadzałaby się do stwierdzenia, że korzyści z porozumienia przeważają nad jego antykonkurencyjnymi skutkami, to i tak jego stosowanie nastroczać może wiele problemów. Mimo tego, że Komisja wydała obszerne wytyczne w tym zakresie, analiza złożonych przypadków pod kątem możliwości zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE nie doprowadzi każdego interpretatora do zbliżonych wniosków. Wystarczy skomplikować powoływane przy omawianiu poszczególnych przesłanek przykłady, aby się o tym przekonać. W kontekście przesłanki pierwszej i trzeciej szczególnie trudności sprawiać może próba „wyceny” korzyści o charakterze jakościowym. Przesłanka druga natomiast operuje nieostrym pojęciem „słusznej części zysku”.

¹⁶⁴ Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 107.

¹⁶⁵ Tamże, pkt 115.

¹⁶⁶ P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child ...*, s. 226.

¹⁶⁷ Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 110.

Ponownie pojawia się zatem problem sygnalizowany powyżej oraz dodatkowa trudność związana z potrzebą oceny, kiedy część zysku jest „słuszną”. Na gruncie przesłanki czwartej interpretator musi przypisywać różną wagę poszczególnym aspektom konkurencji. Jednocześnie, poza „zasadą”, że konkurencja cenowa jest najważniejsza¹⁶⁸, nie istnieje hierarchia pozostałych rodzajów konkurencji.

Powyższe zastrzeżenia są szczególnie istotne z tego względu, że – jak wspomniano wcześniej – od momentu wejścia w życie rozporządzenia nr 1/2003, art. 101 ust. 3 TFUE (oraz jego wcześniejsze odpowiedniki) stosowany jest bezpośrednio, przy czym ciężar dowodu, że dana praktyka spełnia określone w nim przesłanki spoczywa na podmiocie, który powołuje się na możliwość wyłączenia. Jak podnoszą P. Lugard oraz L. Hancher, w okresie przed 1 maja 2004 roku¹⁶⁹ sama Komisja stosując ówczesne odpowiedniki art. 101 ust. 3 TFUE nie stawiała sobie tak wysokich wymagań odnoszących się do zakresu i szczegółowości oceny przesłanek wyłączenia, jakie stawia podmiotom prywatnym w omawianych wytycznych. Przywołani autorzy wyrażali w 2004 roku obawę, że w związku z podwyższonymi wymogami dowodowymi, w reżimie rozporządzenia nr 1/2003 stosowanie wyłączenia indywidualnego straci na znaczeniu¹⁷⁰.

Na marginesie należy wskazać, że przed wejściem w życie rozporządzenia nr 1/2003 stosowanie wyłączenia indywidualnego opierało się na przepisach rozporządzenia nr 17/62¹⁷¹. Wprowadzało one zcentralizowany system uprzedniej autoryzacji porozumień. Przedsiębiorstwa zainteresowane uzyskaniem wyłączenia indywidualnego musiały wystąpić do Komisji z wnioskiem o dokonanie oceny planowanego przedsięwzięcia pod kątem zgodności z ówczesnym odpowiednikiem art. 101 ust. 3 TFUE. Miało to zapewnić jednolite stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, co było szczególnie ważne w kontekście budowy rynku wewnętrznego. Jak wskazywano w Białej księdze z 1999 roku zawierającej propozycję reform europejskiego prawa konkurencji, system scentralizowany był konieczny i działał bardzo dobrze, przyczyniając się do stworzenia *kultury konkurencji w Europie*. Jednocześnie nie jest on już odpowiedni dla potrzeb stale rosnącej Wspólnoty i dlatego uzasadnione jest wprowadzenie systemu zdecentralizowanego, zaś sama Komisja powinna skoncentrować się na zapewnieniu skuteczności konkurencji w Europie poprzez wykrywanie i powstrzymywanie najpoważniejszych jej ograniczeń¹⁷². W ramach dyskusji nad wprowadzeniem bezpośredniej skuteczności opisywanego przepisu podnoszono również zarzuty, że przy stosowaniu art. 101 ust. 3 TFUE należy brać pod uwagę względy natury politycznej i dlatego niemożliwe jest pozbawienie Komisji monopolu do jego stosowania¹⁷³.

168 Por. L. Gylesen, *Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under EEC Competition Law*, CMLR vol. 21 (1984), Is. 4, s. 664-666.

169 Wtedy weszło w życie rozporządzenie nr 1/2003.

170 P. Lugard, L. Hancher, Honey, *I shrunk the Article! A critical assesment of the Commission Notice on Article 81(3) of the EC Treaty*, ECLR vol. 25 (2004), Is. 7, s. 419-420.

171 Rozporządzenie Rady EWG nr 17 pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu, Dz. Urz EWG nr 13/204 z 21.02.1962 r.

172 White Paper on Modernization of the Rules Implementing Article 85 and 86 of the EC Treaty, s. 4-5.

173 Por. np. O. Odudu, *Article 81(3), discretion and direct effect*, ECLR vol. 23 (2002), Is. 1, s. 20-22; R. Wesseling, *The Commission White Paper on Modernisation of E.C Antitrust Law: unspoken consequences and incomplete treatment of alternative options*, ECLR vol. 20 (1999), Is. 8, s. 423-425.

Nie można jednak zapominać o podstawowym problemie związanym z funkcjonowaniem systemu zcentralizowanego, jakim była ogromna liczba notyfikacji, nawet pomimo wprowadzenia wyłączeń grupowych, o których będzie mowa w dalszej części rozdziału. W latach sześćdziesiątych ubiegłego stulecia dokonano bowiem ponad 30 tysięcy notyfikacji, z czego większość obejmowała porozumienia wertykalne. Z czasem liczba ta stopniowo malała, jednakże nawet w latach dziewięćdziesiątych odnotowano około 200 notyfikacji rocznie¹⁷⁴.

Odnosząc powyższe rozważania do problematyki ograniczeń wertykalnych, można wysnuć następujące wnioski. Instytucja wyłączenia spod zakazu ograniczeń konkurencji przewidziana w art. 101 ust. 3 TFUE pozwala na uwzględnienie w ramach oceny porozumień wertykalnych również aspektów ekonomicznych. Wiele ograniczeń wertykalnych, ze względu na swój prokonkurencyjny charakter, będzie spełniać cztery przesłanki wyłączenia. Jednocześnie wskazane problemy związane ze stosowaniem instytucji wyłączenia indywidualnego prowadzą do konkluzji, że nie był i nadal nie jest to wystarczająco skuteczny instrument pozwalający w należyty sposób uwzględnić specyfikę ograniczeń wertykalnych. Inaczej będzie w przypadku wyłączeń grupowych, którym poświęcony zostanie następny podrozdział.

2.4. Wyłączenia grupowe jako przykład ekonomicznego podejścia do ograniczeń wertykalnych

Powstanie i rozwój wyłączeń grupowych były z jednej strony konsekwencją przyjęcia szerokiej interpretacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję i objęcia nim także porozumień wertykalnych, z drugiej zaś strony stanowiły konsekwencję niewydolności opisywanego powyżej systemu notyfikacji.

Podstawą ustanowienia systemu wyłączeń grupowych był ówczesny art. 87 TEWG (obecnie art. 103 TFUE), który przewidywał możliwość wydawania aktów prawa wtórnego, *w celu zastosowania zasad przewidzianych w art. 85 i 86 TEWG* (obecne art. 101 i 102 TFUE), w szczególności między innymi w celu ustanowienia szczegółowych zasad stosowania ówczesnego art. 85 ust. 3 TEWG (obecnie art. 101 ust. 3 TFUE). Skutkiem powyższego było wydanie w dniu 2 marca 1965 roku rozporządzenia Rady nr 19/65¹⁷⁵, które przyznawało Komisji możliwość uznania w drodze rozporządzenia, że zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się do wskazanych w art. 1 opisywanego rozporządzenia kategorii porozumień wertykalnych. Były to porozumienia, *których stronami są tylko dwa przedsiębiorstwa i na mocy których jedna strona zobowiązuje się wobec drugiej dostarczać tylko niektóre produkty w celu odsprzedaży na określonej części obszaru wspólnego rynku, albo na mocy których jedna strona zobowiązuje się wobec drugiej zakupić tylko od tej drugiej strony niektóre produkty w celu odsprzedaży, albo na mocy których dwa przedsiębiorstwa podejmują wspólnie zobowiązania*

174 Podaję liczby za M. Mendelsohn, S. Rose, *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, Kluwer Law International 2002, s. 34. Por. także dane liczbowe dla lat dziewięćdziesiątych prezentowane przez T. Jarockiego, *Ewolucja polityki konkurencji we Wspólnocie Europejskiej*, Kielce 2008, s. 74-75.

175 Rozporządzenie Rady nr 19/65 z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. EWG nr 36/533 z 06.03.1965 r. (rozporządzenie upoważniające).

dotyczące wyłącznej dostawy i zakupu w celu odsprzedaży¹⁷⁶. Zakres upoważnienia udzielonego Komisji w opisywanym akcie był zatem mocno ograniczony.

Pierwsze rozporządzenie wykonawcze Komisji wydane na podstawie rozporządzenia nr 19/65 pojawiło się już w 1967 roku¹⁷⁷. Dotyczyło ono umów o dystrybucji wyłącznej. Następne akty tego typu wydane zostały dopiero w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku. Łącznie powstały zatem cztery rozporządzenia¹⁷⁸, które dotyczyły umów o dystrybucji wyłącznej¹⁷⁹ oraz o wyłączności zakupów¹⁸⁰, porozumień franczyzowych¹⁸¹ oraz porozumień dotyczących dystrybucji i serwisowania pojazdów silnikowych¹⁸².

Stworzony przez wskazane rozporządzenia system wyłączeń grupowych miał wiele wad. Po pierwsze, wyłączeniem objęte były tylko ograniczone kategorie porozumień. Skutkiem takiej sytuacji jest to, że w stosunku do różnych rodzajów porozumień dotyczących jednego aspektu działalności – dystrybucji – na przedsiębiorstwach spoczywały różne obowiązki. W rezultacie, poza systemem wyłączeń grupowych znalazły się między innymi porozumienia o dystrybucji selektywnej. Te zaś w pewnym zakresie mogą zawierać klauzule takie same jak te znajdujące się w objętych wyłączeniem umowach franczyzowych. Może zatem dojść do sytuacji, kiedy postanowienie tej samej treści zostanie uznane za niezgodne z prawem konkurencji wskutek braku uzyskania wyłączenia indywidualnego (na gruncie dystrybucji selektywnej), jednocześnie kwalifikując się do wyłączenia grupowego (franczyza)¹⁸³.

Brak objęcia wyłączeniem grupowym dystrybucji selektywnej tłumaczy się na różne sposoby. Zdaniem A. Maziarza w praktyce Komisji tego typu porozumienia co prawda zdarzały się, jednak były na tyle rzadkie, iż nie było potrzeby wyłączać ich z systemu notyfikacji utworzonego rozporządzeniem nr 17/62¹⁸⁴. Natomiast T. Kapp w 1998 roku zwracał uwagę na trudność sformułowania precyzyjnych klauzul w ewentualnym rozporządzeniu wyłączającym dotyczącym dystrybucji selektywnej. Wymagałoby to od Komisji dokonania oceny każdego typu produktu i decyzji czy może on być objęty dystrybucją selektywną. W takim przypadku ingerencja Komisji w swobodę konkurencji byłaby zdaniem T. Kappa nadmierna¹⁸⁵. Moim zdaniem,

176 Motyw 1 rozporządzenia Rady nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r. zmieniającego rozporządzenie nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. WE L 148/1 z 15.06.1999 r.

177 Regulation No 67/67 of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements, Dz. Urz. EWG 849/67 z 25.03.1967 r.

178 Będą je razem określał mianem rozporządzeń wyłączających.

179 Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. o zastosowaniu art. 85 ust. 3 Traktatu WE do kategorii umów wyłącznej dystrybucji, Dz. Urz. WE L 173/1 z 30.06.1983 r.

180 Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. o zastosowaniu art. 85 ust. 3 Traktatu WE do kategorii umów wyłącznego zakupu Dz. Urz. WE L 173/5 z 30.06.1983 r.

181 Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu WE do kategorii umów franchisingu, Dz. Urz. WE L 359/46 z 28.12.1988 r.

182 Rozporządzenie Komisji nr 123/85 z dnia 12 grudnia 1984 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu WE do niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji i serwisowania pojazdów silnikowych, Dz. Urz. WE L 15/16 z 18.01.1985 r.

183 B. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, CMLR vol. 32 (1995) Is. 4, s. 985.

184 Tak, A. Maziarz, *op. cit.*, s. 29.

185 Por. transkrypcja z dyskusji pod tekstem referatu M. Hassemiera, *Porozumienia o dystrybucji selektywnej* [w:] M. Łabędzka (red.) *Europejskie prawo konkurencji: porozumienia dystrybucyjne*, Łódź 1998, s. 64.

biorąc pod uwagę przywoływany wyżej przykład, trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie doboru kategorii porozumień w rozporządzeniu upoważniającym Komisję do wprowadzania wyłączeń grupowych.

Ponadto rozporządzenia wyłączeniowe zawierały nie tylko wskazanie klauzul, których w danym porozumieniu być nie mogło (klauzule czarne), lecz także takich, które muszą być zawarte w porozumieniach, aby możliwe było korzystanie z wyłączenia (klauzule białe). Jednocześnie, zdaniem A. Jurkowskiej i T. Skoczego, przepisy rozporządzenia upoważniającego pozostawiały Komisji szeroki zakres swobody co do tego, czy rozporządzenia wyłączające mają opierać się tylko na klauzulach czarnych, tylko na klauzulach białych lub obu rodzajach klauzul jednocześnie¹⁸⁶. Wniosek ten nie wydaje się być jednak uprawniony na gruncie art. 1 ust. 2 lit. b rozporządzenia upoważniającego, zgodnie z którym *rozporządzenie określa (...) klauzule, które muszą być zawarte w porozumieniach lub inne warunki, które muszą być spełnione*. Niezależnie od powyższego, trudno nie zgodzić się, że opisywane podejście do wyłączeń nie zapewnia elastyczności prawa, koniecznej w dynamicznie rozwijającej się gospodarce¹⁸⁷.

System wyłączeń grupowych pierwszej generacji miał jeszcze jedną istotną wadę. Rozporządzenie upoważniające nie przewidywało możliwości określenia na gruncie rozporządzeń wyłączających maksymalnego progu udziału w rynku uczestników porozumienia, powyżej którego nie byłoby możliwe korzystanie z wyłączenia. W związku z tym, hipotetycznie, także w sytuacji, gdy porozumienie zawierane było przez podmioty o bardzo dużym udziale w rynku, istniała możliwość powołania się na odpowiednią podstawę wyłączenia. Należy w tym miejscu przypomnieć, że powodowane przez porozumienia wertykalne ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej”, co do zasady, nie ma negatywnego wpływu na konkurencję w sytuacji istnienia silnej konkurencji „międzymarkowej”.

Rozporządzenia wyłączające dopuszczały co prawda możliwość cofnięcia przez Komisję przywileju wyłączenia, w sytuacji gdy skutki danego porozumienia naruszałyby warunki określone w art. 101 ust. 3 TFUE. Rozwiązanie to jest oczywiście konsekwencją tego, że wyłączenia grupowe powinny odnosić się do sytuacji, co do których istnieje domniemanie, że przedsiębiorstwa spełniają przesłanki wyłączenia indywidualnego. W przypadku porozumienia między podmiotami o dużych udziałach rynkowych istnieją poważne wątpliwości co do możliwości spełnienia przesłanki czwartej art. 101 ust. 3 TFUE, która zakazuje niedopuszczalnej eliminacji konkurencji.

Jak zatem widać, wyłączenia grupowe pierwszej generacji nie były w stanie realizować szeregu celów, dla których zostały stworzone. Ze względu na wybiórczy charakter kategorii porozumień objętych przywilejem wyłączenia nie można mówić o zwiększeniu pewności prawnej co do sytuacji przedsiębiorstw prowadzących działalność na rynku wewnętrznym. Stosowanie klauzul białych z kolei pozbawiało system wyłączeń jakiegokolwiek elastyczności, tym samym ograniczając możliwość innowacji w zakresie form prowadzenia działalności¹⁸⁸.

186 A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008, s. 61.

187 Motyw 6 rozporządzenia Rady nr 1215/1999. Było to już rozporządzenie tzw. drugiej generacji, które umożliwiło zmiany w systemie wyłączeń grupowych.

188 M. Mendelsohn i S. Rose mówią o „nałożeniu gorsetu” na innowacje, zob. op. cit., s. 35.

Wady opisywanego systemu dostrzegła również Komisja. Opublikowana w 1997 roku Zielona Księga dotycząca ograniczeń wertykalnych¹⁸⁹ zapoczątkowała dyskusję na temat zmian w wyłączeniach grupowych. W rezultacie rozporządzenie upoważniające nr 19/65 zastąpione zostało nowym rozporządzeniem nr 1215/99¹⁹⁰, które dawało Komisji możliwość „naprawienia” opisywanych powyżej wad systemu wyłączeń pierwszej generacji.

Na jego podstawie doszło do wydania rozporządzenia nr 2790/1999¹⁹¹, które swoim zakresem objęło większość kategorii porozumień wertykalnych. Nowe przepisy opierały się bowiem na domniemaniu zgodności tych porozumień z regułami konkurencji oraz liście klauzul czarnych. Oznacza to, że inaczej niż w przypadku wyłączeń pierwszej generacji, przedsiębiorstwo nie musiało poszukiwać przepisu, który „autoryzowałby” planowane działanie¹⁹². Wystarczyło jedynie¹⁹³ upewnić się, że nie jest ono zakazane na podstawie listy klauzul czarnych. Ponadto określono maksymalny próg udziału w rynku w odniesieniu do dostawcy, który wynosił 30 procent. W razie jego przekroczenia nadal możliwe było skorzystanie z wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE. Równie istotnym co samo rozporządzenie (a zarazem charakterystycznym) elementem systemu wyłączeń grupowych drugiej generacji były stworzone do niego obszerne wytyczne Komisji, które odnoszą różnego rodzaju sytuacje faktyczne do niezbyt opisowego języka rozporządzenia.

W 2010 roku rozporządzenie nr 2790/1999 wygasło i zostało zastąpione rozporządzeniem 330/2010¹⁹⁴, które nie różni się znacząco od poprzednika¹⁹⁵. Istotne dla funkcjonowania wyłączenia grupowego zmiany znalazły swoje odzwierciedlenie w zaktualizowanych wytycznych¹⁹⁶. Komisja w tym dokumencie poświęciła bowiem dużo uwagi zjawisku sprzedaży przez internet, co powoduje, że wytyczne mają również bardzo istotne znaczenie z punktu widzenia niniejszej pracy. Szczegółowe zagadnienia związane ze stosowaniem omawianych przepisów w konkretnych przypadkach będą prezentowane w następnych rozdziałach.

189 Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721.

190 Rozporządzenie Rady nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r. zmieniające rozporządzenie nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. WE nr L 148/1 z 15.06.1999 r.

191 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. Urz. WE L 336/21 z 29.12.1999 r.

192 R. Whish, *Regulation 2790/1999: The Commission „New Style” Block Exemption for Vertical Agreements*, CMLR, vol 37 (2000), ls. 4, s. 898.

193 Jest to operacja o tyle skomplikowana, że w większości wypadków przepis rozporządzenia nie da jednoznacznej odpowiedzi. Konieczne będzie także sięgnięcie do wytycznych.

194 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. Urz. UE L 102/1 z 23.04.2010 r.

195 Zob. szerzej: G. De Stefano, *The new EU „Vertical Restraints Regulation”: navigating the vast sea beyond safe harbours and hardcore restrictions*, ECLR vol. 31 (2010), ls. 12, s. 480-490; M. Brenning-Louko et. al., *Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decade*, Competition Policy Newsletter 2/2010, s. 14-19.

196 Zawiadomienie Komisji z dnia 10.05.2010 r. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, (Wytyczne wertykalne) SEK(2010) 411.

2.5. Podsumowanie: ograniczenia wertykalne na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję

W powyższym rozdziale zaprezentowane zostały zagadnienia z zakresu teorii ekonomii odnoszące się do ograniczeń wertykalnych. Wskazano na okoliczności uzasadniające tezę, że tego typu ograniczenia są mniej szkodliwe dla konkurencji niż ograniczenia horyzontalne. Następnie przedstawiono szczegółową analizę kolejnych elementów stosowania art. 101 TFUE ze szczególnym uwzględnieniem ograniczeń wertykalnych. Ze względu na bardzo szeroki zakres zastosowania zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE, co do zasady, na gruncie tego przepisu nie ma możliwości uwzględnienia specyfiki ograniczeń wertykalnych. Wyjątek stanowią porozumienia o dystrybucji selektywnej, spełniające przesłanki wyrażone w orzeczeniach *Metro I* i *Metro II*¹⁹⁷. W takiej sytuacji mamy bowiem do czynienia z obiektywnie uzasadnionym ograniczeniem konkurencji.

Potencjalne prokonkurencyjne skutki ograniczeń wertykalnych są natomiast brane pod uwagę na etapie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE. Stosowanie wyłączeń indywidualnych jest jednak utrudnione, ze względu na nieostry charakter przesłanek wyłączenia, co w zestawieniu ze sformułowanym w wytycznych Komisji wymogiem rzetelnego udowodnienia przez przedsiębiorstwa faktu spełnienia tych przesłanek nie gwarantuje pewności rezultatu oceny przez właściwy organ. W wyniku reformy unijnego prawa konkurencji z przełomu XX i XXI wieku ograniczenia wertykalne mogą w szerokim zakresie korzystać z wyłączenia grupowego. Rozporządzenie 330/2010 i towarzyszące mu wytyczne, mimo swoich mankamentów, zapewniają odpowiedni poziom pewności i elastyczności prawa, stwarzając możliwość rozsądnego planowania swojej działalności przez przedsiębiorstwa działające w Unii Europejskiej. Niemniej, jak zostanie wykazane w dalszej części pracy, uwagi tej nie można odnieść w pełni do działalności w zakresie sprzedaży internetowej.

Niniejszy rozdział stanowił zatem wprowadzenie do bardziej szczegółowych rozważań na temat jednej z form ograniczeń wertykalnych – dystrybucji selektywnej.

¹⁹⁷ Szczegółowe omówienie tych przesłanek będzie przedmiotem następnego rozdziału.

Rozdział III: Dystrybucja selektywna jako szczególna kategoria porozumień wertykalnych

Niniejszy rozdział poświęcony będzie dystrybucji selektywnej. Na początku przedstawiona zostanie szczegółowa charakterystyka tej formy dystrybucji. Następnie, dla dopełnienia charakterystyki, dystrybucja selektywna przeciwstawiona zostanie dwóm zbliżonym do niej kategoriom porozumień wertykalnych: franczyzie oraz dystrybucji wyłącznej. W dalszej części rozważań znajdzie się odniesienie dystrybucji selektywnej do przedstawionego w poprzednim rozdziale schematu analizy porozumień wertykalnych pod kątem ich zgodności z unijnymi regułami konkurencji, ze szczególnym uwzględnieniem linii orzecniczej zapoczątkowanej orzeczeniem w sprawie *Metro* oraz przepisów rozporządzenia nr 330/2010 i wydanych do niego wytycznych.

3.1. Ogólna charakterystyka dystrybucji selektywnej

Z perspektywy prawa umów, systemy dystrybucji selektywnej opierają się na długoterminowych umowach ramowych. Określają one warunki dopuszczenia danego podmiotu do sieci dystrybucji oraz zawierają zobowiązanie do zachowania określonych standardów w zakresie warunków prowadzonej działalności, takich jak na przykład położenie, wyposażenie i kwalifikacje personelu punktu sprzedaży. Umowa przyznaje dystrybutorowi uprawnienie do żądania dostaw, z czym skorelowany jest zakaz odsprzedaży towarów objętych umową na rzecz podmiotów znajdujących się poza siecią dystrybucji¹⁹⁸. Opis ten wskazuje na dwustronny charakter dystrybucji selektywnej, co jest o tyle istotne, że zakaz sformułowany w art. 101 ust. 1 TFUE nie obejmuje działań jednostronnych. Indywidualna decyzja dostawcy pewnych dóbr o sprzedaży swoich towarów tylko tym spośród zainteresowanych dystrybutorów, którzy spełniają ustanowione przez niego kryteria nie jest wystarczająca, aby można było mówić o dystrybucji selektywnej¹⁹⁹. Koniecznym jej elementem jest zatem zarówno zobowiązanie dostawcy do przyjęcia do sieci dystrybucji tych podmiotów, które spełniają wymogi, jak i zobowiązanie dystrybutorów do zaniechania odsprzedaży towarów przedsiębiorcom niebędącym członkami sieci dystrybucji. W wyniku porozumienia ograniczona zostaje swoboda kontraktowania obu stron. Skutkiem powyższego jest to, że odmowa przyjęcia do sieci dystrybutora spełniającego kryteria może stanowić naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE²⁰⁰.

198 A. Lubberger, *Wo steht der Selektivvertrieb?* ZWeR 1/2018, s. 60. Ponieważ autor ten będzie przywoływany wielokrotnie w tym rozdziale, należy w tym miejscu zaznaczyć, że reprezentował on przedsiębiorstwo Coty w postępowaniu przed Trybunałem, co może odbijać się na wygłaszanych przez niego poglądach.

199 J. Goyder, *EU Distribution...*, s.133.

200 Zob. wyrok w sprawie *AEG Telefunken*, pkt 38-39. Innego zdania są L. Vogel, J. Vogel, *Survey on Vertical Agreements in 2017 – Is the Rigid Application of Competition Law to Distribution Agreements Going to Kill the Buyer-Reseller Model*, JECLAP vol. 8 (2017), ls. 9, s. 2-4.

Koniecznym elementem umowy jest również określenie kategorii produktów lub usług, co do których wskazane powyżej obowiązki będą miały zastosowanie. Jednocześnie dopuszczalne jest objęcie systemem dystrybucji selektywnej tylko ograniczonej kategorii towarów wytwarzanych przez dane przedsiębiorstwo²⁰¹. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której jeden producent oferuje produkty wyższej jakości, często stanowiące osobną markę i dla tej właśnie kategorii dóbr decyduje się na zorganizowanie dystrybucji selektywnej. Oprócz tego produkuje on osobną linię towarów o bardziej masowym charakterze, której dystrybucja odbywać się będzie w innym modelu.

Z gospodarczego punktu widzenia za wyborem modelu dystrybucji selektywnej przemawia fakt, że może on stanowić skuteczne narzędzie walki z opisywanym w poprzednim rozdziale efektem gapowicza (ang. *free-rider effect*). Obowiązek spełniania przez dystrybutorów wskazanych w treści porozumienia kryteriów daje producentowi dóbr możliwość szerokiej kontroli procesu dystrybucyjnego, co pozwala kreować wizerunek jego marki na każdym szczeblu obrotu, a ponadto może stanowić dopuszczalne przez prawo narzędzie osłabienia konkurencji cenowej²⁰². Ze względu na jednolite warunki prowadzenia działalności przez uczestników sieci dystrybucji, zmniejsza się możliwość manipulacji przez nich ceną produktu w celu przyciągnięcia konsumentów. Jest to szczególnie istotne, biorąc pod uwagę, że narzucanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży stanowi w ocenie Komisji jedno z najpoważniejszych ograniczeń prawa konkurencji (ang. *hardcore restriction*) i nie podlega zwolnieniu²⁰³.

L. Vogel i J. Vogel słusznie wskazują, że stosowanie dystrybucji selektywnej przypomina sytuację podobną do tej, jaka występowałaby w przedsiębiorstwie zintegrowanym wertykalnie. Jednocześnie model oparty o dystrybucję selektywną nie niesie za sobą wad związanych z istnieniem jednolitej struktury gospodarczej. W ramach sieci dystrybucji występuje bowiem rozkład ryzyka. Interes producenta jest zaspokojony w momencie, w którym towar nabędzie od niego dystrybutor, a nie, jak ma to miejsce w przypadku przedsiębiorstwa zintegrowanego, dopiero w momencie dokonania sprzedaży na rzecz ostatecznego konsumenta. Ponadto w opisywanym modelu nie ma problemu asymetrii informacji, ponieważ dostawca nie musi znać potrzeb konsumentów na rynkach zbytu. Co więcej, istnienie przedsiębiorstwa zintegrowanego w większym stopniu ogranicza konkurencję „wewnątrzmarkową”, niż miałoby to miejsce w systemie dystrybucji selektywnej. W tym drugim przypadku uczestnicy sieci mają co prawda zbliżone warunki konkurencji ze względu na konieczność dostosowania się do nałożonych na nich wymogów, jednak nie są oni powiązani kapitałowo i każdy musi pracować na swój indywidualny zysk²⁰⁴.

W podobny sposób można przeciwstawić system dystrybucji selektywnej prowadzeniu działalności w oparciu o umowy agencyjne. Podobieństwo między tymi modelami polega bowiem na możliwości sprawowania przez producenta kontroli

201 P. von Hülsen, *Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus kartellrechtlicher Sicht*, ZVertriebsR 5/2012, s. 300.

202 A. Lubberger, *op. cit.*, s. 59. Podobnie A. Ezrachi, *The Ripple Effects of Online Marketplace Bans*, *World Competition*, vol. 40 (2017), No. 1, s. 51.

203 Por. art. 4 lit. A rozporządzenia nr 330/2010 oraz pkt 48 Wytocznych wertykalnych.

204 L. Vogel, J. Vogel, *Survey on Vertical Agreements in 2017...*, s. 7-8.

nad warunkami sprzedaży produkowanych dóbr. Na gruncie umowy agencyjnej zakres swobody w nakładaniu na agenta obowiązków jest nieograniczony²⁰⁵. Jest to jednak rekompensowane tym, że agent nie może ponosić żadnego ryzyka lub ponosi je jedynie w nieznacznym stopniu w związku z prowadzoną na rzecz zleceniodawcy działalnością.

Analiza tych dwóch przykładów prowadzi zatem do wniosku, że system dystrybucji selektywnej jako model biznesowy daje producentom dużą możliwość wywierania wpływu na działalność dystrybutorów, przy jednoczesnym ograniczeniu ich własnego ryzyka. Przykładowo, uczestnicy sieci dystrybucji mogą być zobowiązani do poczynienia szeregu inwestycji. W razie ewentualnego braku zwrotu z tych inwestycji producent nie będzie ponosił za to bezpośredniej odpowiedzialności²⁰⁶.

3.2. System dystrybucji selektywnej a inne ograniczenia wertykalne odnoszące się do dystrybucji

W katalogu ograniczeń wertykalnych „nazwanych”, które omówione zostały w wytycznych do rozporządzenia nr 330/2010, obok dystrybucji selektywnej znalazł się szereg innych kategorii ograniczeń wertykalnych. Dla dopełnienia przedstawionej powyżej charakterystyki wartościowe będzie odniesienie dystrybucji selektywnej do niektórych spośród wymienionych w wytycznych kategorii ograniczeń wertykalnych²⁰⁷.

Dystrybucję selektywną należy odróżnić od franchisingu. Jak wskazuje Trybunał, franchising nie jest metodą dystrybucji, a raczej sposobem na uzyskiwanie dochodów z wykorzystaniem posiadanego doświadczenia i know-how (ang. *expertise*) bez inwestowania własnego kapitału²⁰⁸. Innymi słowy franczyzodawca nie zarabia na sprzedaży towarów lub świadczeniu usług przez franczyzobiorców, lecz na spieniężeniu swojego pomysłu, doświadczeń i praw własności intelektualnej potrzebnych do prowadzenia działalności danego typu.

Udzielenie płatnej licencji obejmującej pakiet praw własności intelektualnej franczyzodawcy jest koniecznym elementem umowy franchisingu. Dodatkowe postanowienia mogą obejmować różnego typu ograniczenia wertykalne, takie jak dystrybucja selektywna, zakaz konkurowania lub dystrybucja wyłączna. W takim wypadku, zdaniem Komisji, przy ich ocenie pod kątem zgodności z prawem konkurencji należy w przeważającej mierze kierować się takimi samymi względami jak w wypadku analizy tych ograniczeń występujących samodzielnie²⁰⁹. Podejście to wydaje się odbiegać od przytoczonego wyżej stanowiska Trybunału. Wprowadzane przez franczyzodawców i organizatorów systemów dystrybucji selektywnej ograniczenia wertykalne mogą mieć tożsamą treść, jednak służą

205 Wytyczne wertykalne, pkt 12-14.

206 Oczywiście brak zysków dystrybutorów przełoży się w dłuższym okresie na wyniki producenta.

207 Odnośnie do łączenia dystrybucji selektywnej z innymi ograniczeniami wertykalnymi, por. M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji...*, s.19-22.

208 Wyrok Trybunału z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41, pkt 15.

209 Wytyczne wertykalne pkt 189-190.

innym celom gospodarczym i moim zdaniem powinno to mieć wpływ na ocenę ich dopuszczalności²¹⁰.

Nakładane przez franczyzodawcę ograniczenia są podyktowane potrzebą utrzymania wspólnej tożsamości i reputacji sieci, z czym związany jest wzrost wartości praw własności intelektualnej franczyzodawcy. Organizator systemu dystrybucji selektywnej dąży przede wszystkim do zwiększenia zysku ze sprzedaży swoich produktów. Osiągnąć to można na przykład przez oszczędność kosztów logistycznych lub odwrotnie, stworzenie wartości dodanej produktu²¹¹. Jednocześnie w pewnych przypadkach strategia organizatora sieci dystrybucji może wiązać się z próbą wywołania wśród konsumentów wrażenia istnienia jednolitej sieci dystrybucji²¹².

Franczyzodawca cieszy się większą swobodą w doborze franczyzobiorców, niż ma to miejsce w przypadku przyjmowania dystrybutorów do sieci dystrybucji przez dostawcę. Jak wskazywano wcześniej, odmowa przyjęcia przedsiębiorstwa do systemu dystrybucji selektywnej w razie spełnienia przez niego określonych kryteriów może prowadzić do naruszenia zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE. W odniesieniu do franchisingu, ze względu na potrzebę ochrony *know-how* oraz praw własności intelektualnej, franczyzodawca w ogóle nie musi określać kryteriów selekcji²¹³.

W zakresie skutków wiążących się z wprowadzeniem dystrybucji selektywnej, kategorię tę można porównać do dystrybucji wyłącznej lub wyłącznego przydziału klientów. W obu tych przypadkach dochodzi bowiem do ograniczenia liczby podmiotów na rynku dysponujących towarem danego rodzaju²¹⁴. Wystąpienie opisywanego skutku jest jednak uzależnione od różnych okoliczności. Podstawą istnienia dystrybucji wyłącznej jest określenie terytoriów, na których dany przedsiębiorca ma wyłączne prawo odsprzedaży towarów objętych porozumieniem²¹⁵, natomiast w przypadku wyłącznego przydziału klientów zamiast kryterium terytorialnego istnieje kryterium personalne²¹⁶. Dystrybucja selektywna ogranicza zaś liczbę uprawnionych dystrybutorów ze względu na istnienie jednolitych kryteriów doboru uczestników sieci dystrybucji (w przypadku systemu „jakościowego”) lub poprzez określenie przez producenta dalszych kryteriów doboru, które bardziej bezpośrednio ograniczają liczbę dystrybutorów²¹⁷, na przykład poprzez ustalenie maksymalnej liczby potencjalnych uczestników systemu, określenie maksymalnego lub minimalnego dopuszczalnego wolumenu sprzedaży (dystrybucja „ilościowa”).

210 Podobnie M. Mendelsohn, S. Rose, *op. cit.*, s. 88-90.

211 Chodzi tu na przykład o opisywane w poprzednim rozdziale usługi przedsprzedażowe.

212 Szczególnie w przypadku produktów luksusowych – tu istotne jest kreowanie prestiżu marki, por. A. Maziarz, *op. cit.*, s. 193.

213 Zob. decyzja Komisji z dnia 2 grudnia 1988 r. w sprawie IV/31.697 *Charles Jourdan*, Dz. Urz. WE nr L 35/31 z 07.02.1989 r., pkt 30; decyzja Komisji z dnia 17 grudnia 1986 r. w sprawie IV/31.428 do 31.432 *Yves Rocher*, Dz. Urz. WE nr L 8/49 z 10.01.1987 r., pkt 41.

214 K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.) *Wyłączenia grupowe ...*, s. 240.

215 P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child ...*, s. 457.

216 K. Kohutek, *Komentarz...*, teza 11.3.1.

217 Wytyczne wertykalne, pkt 177 in fine.

3.3. Ocena legalności systemów dystrybucji selektywnej na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE

Jak sygnalizowano w poprzednim rozdziale, w pewnych sytuacjach dany system dystrybucji selektywnej może stanowić element konkurencji zgodny z art. 101 ust. 1 TFUE. Jest to dość wyjątkowy przypadek, ponieważ zakaz zawierania porozumień naruszających konkurencję sformułowany w Traktacie jest wykładany bardzo szeroko. Względem natury ekonomicznej, przemawiające za tym, aby nie obejmować danego porozumienia zakazem, a co za tym idzie sankcją nieważności z art. 101 ust. 2 TFUE, są badane na gruncie stosowania przepisu art. 101 ust. 3 TFUE lub wydanych jako jego uzupełnienie jego aktów prawa pochodnego²¹⁸.

Tymczasem, zapoczątkowana wyrokiem w sprawie *Metro I* linia orzecznicza Trybunału, formułuje szereg warunków, które musi spełniać system dystrybucji selektywnej, aby można było uznać go za zgodny z art. 101 ust. 1 TFUE. Poniżej szczegółowo omówione zostaną wypowiedzi Trybunału i Sądu (d. Sądu Pierwszej Instancji) odnoszące się do legalności dystrybucji selektywnej zawarte w licznych orzeczeniach wydanych, począwszy od roku 1976, aż po najnowsze orzeczenie w sprawie *Coty Germany*, które zapadło 6 grudnia 2017 roku²¹⁹.

Sprawa *Metro I* powstała na tle sporu między przedsiębiorstwem SABA²²⁰, które zajmowało się produkcją „wysokiej jakości sprzętu elektronicznego do celów związanych z wypoczynkiem”²²¹ a spółką Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, będącą operatorem sieci hurtowni samoobsługowych, w których sprzedawane są towary wszelkiego rodzaju. SABA odmówiła Metro przyjęcia do swojej sieci dystrybucyjnej, która w odpowiedzi złożyła skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji autoryzującej porozumienia dystrybucyjne SABA²²². Spółka Metro podnosiła, że system dystrybucji przyjęty przez SABA, który opierał się na hurtowniach specjalistycznych, eliminował konkurencję ze strony podmiotów oferujących szeroki asortyment produktów (takich jak Metro). W rezultacie powyższego dochodzi do zwiększenia cen dla konsumentów końcowych, co zdaniem przedstawicieli Metro pozostaje w sprzeczności z celem art. 101 ust. 1 TFUE (art. 85 ust. 1 TEWG), tym samym nie pozwalając na dalsze funkcjonowanie tak skonstruowanego systemu dystrybucji²²³.

Trybunał stanął na stanowisku, że dystrybucja selektywna nie wchodzi w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE pod warunkiem, że odsprzedawcy wybierani są na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, jednolitych i dostępnych dla wszystkich ewentualnych odsprzedawców i niestosowanych w sposób dyskryminacyjny oraz że ustanowione kryteria nie wykraczają poza to co

218 Podstawą prawną do wydawania rozporządzeń upoważniających do tworzenia wyłączeń grupowych jest bowiem art. 103 ust. 2 lit. b TFUE.

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

220 Pełna nazwa: Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Sohne GmbH.

221 Wyrok w sprawie *Metro I*, pkt 16.

222 Tytułem przypomnienia, wydanie decyzji przez Komisję było skutkiem zgłoszenia dokonanego na podstawie przepisów rozporządzenia nr 17/62.

223 Opis stanu faktycznego sprawy za A. C. Witt, *Restrictions on the use of third-party platforms in selective distribution for luxury goods*, European Competition Journal, vol. 12 (2016), Is. 2-3, s. 440.

konieczne²²⁴ (klasyczne kryteria Metro). W razie spełnienia powyższych przesłanek możemy mówić o dystrybucji selektywnej czysto jakościowej lub prostej.

Warto zwrócić uwagę na to w jaki sposób Trybunał uzasadnił dopuszczalność traktowania systemów dystrybucji selektywnej za elementy konkurencji zgodnie z art. 101 ust. 1 TFUE. W punkcie 21 uzasadnienia wyroku *Metro I* znalazło się stwierdzenie, że chociaż *konkurencja cenowa jest tak ważna, iż nigdy nie może zostać wyeliminowana, to jednak nie stanowi ona jedynej skutecznej formy konkurencji albo też takiej, której należy w każdym wypadku przypisać absolutny priorytet*²²⁵. W związku z powyższym pomimo faktu, że wprowadzony przez SABA w opisywanej sprawie system dystrybucji doprowadził do usztywnienia cen, to jednocześnie nie bez znaczenia pozostaje to, że wspiera on rozwój konkurencji w odniesieniu do czynników innych niż cena²²⁶.

Zdaniem A. Lubbergera, Trybunał wydając wyrok w sprawie *Metro I*, w większej mierze miał na uwadze dobro jakim jest swoboda przepływu towarów niż istnienie skutecznej konkurencji²²⁷. Kryteria sformułowane w tym orzeczeniu również wskazują na cel związany z integracją rynku wewnętrznego. Wybór odsprzedawców ma się bowiem opierać o kryteria jakościowe, a nie geograficzne, zaś ich stosowanie w sposób jednolity i niedyskryminacyjny ma zapewnić, aby stosowanie dystrybucji selektywnej nie prowadziło do podziału rynków na obszarze rynku wewnętrznego²²⁸.

Przechodząc do analizy klasycznych kryteriów Metro, należy wskazać, że na gruncie wyłącznie teoretycznym trudno rozwinąć pojęcie *obiektowych kryteriów o charakterze jakościowym*. Wartościowe natomiast będzie przywołanie przykładów z praktyki Komisji, w których dokonywano oceny poszczególnych wymogów sformułowanych przez podmioty organizujące systemy dystrybucji selektywnej. W opisywanej sprawie *Metro I*, kryteria doboru uczestników sieci dystrybucji odnosiły się do wyposażenia punktu sprzedaży oraz wyszkolenia personelu²²⁹. W późniejszych sprawach także wielokrotnie akceptowano kryteria odnoszące się do punktu sprzedaży, na przykład obowiązek posiadania specjalistycznego sklepu lub chociażby specjalnie wydzielonej strefy²³⁰, w której sprzedawane będą produkty objęte systemem dystrybucji lub też wymogi dotyczące godzin otwarcia punktu sprzedaży²³¹. Ponadto za *obiektowe kryteria o charakterze jakościowym* uznawano te odnoszące się do utrzymywania pewnego minimalnego poziomu

224 Wyrok w sprawie *Metro I*, pkt 20. Wyrok nie ma polskiego tłumaczenia, jednakże dokumenty UE – przetłumaczone na język polski często cytują ten fragment. W tym wypadku cytaty pochodzą z Wytocznych wertykalnych, pkt 177.

225 Tłumaczenie własne.

226 Por. wyrok w sprawie *Metro I*, pkt 21 *in fine*.

227 Podobne stanowisko wyraził L. Vogel w odniesieniu do wyroku w sprawie *Pierre Fabre*, zob. L. Vogel, *EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012*, JECLAP, vol. 3 (2012), No. 3, s. 271.

228 A. Lubberger, op. cit., s. 64.

229 Decyzja Komisji z dnia 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 SABA, Dz. Urz. EWG L 28/19 z 3.2.1976 r., pkt 10.

230 Por. np. decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1985 r. w sprawie IV/30.665 *Villeroy & Boch*, Dz. Urz. EWG L 376/15 z 31.12.1985 r.

231 Por. wyrok Trybunału z dnia 11 października 1983 r. w sprawie C-210/81 *Demo-Studio Schmidt przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1983:277.

stanu magazynowego²³², a także ekspozycji towarów w otoczeniu odpowiedniej ilości innych produktów tego typu²³³. Oprócz tego dozwolone są również wymogi odnoszące się do usług posprzedażowych (ang. *after-sales service*), na przykład obowiązek zapewniania napraw gwarancyjnych²³⁴.

W wielu opracowaniach dotyczących opisywanych zagadnień nieprecyzyjnie wskazuje się, że w wyroku w sprawie *Metro I* sformułowana została jeszcze jedna przesłanka legalności dystrybucji selektywnej, to jest, że *charakter danego produktu musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej w celu zachowania jego jakości i zapewnienia jego właściwego przeznaczenia*²³⁵. W uzasadnieniu tego orzeczenia Trybunał wspominał jedynie o tym, że struktura rynku (sprzętu elektronicznego wysokiej jakości) nie wyklucza istnienia zróżnicowanych kanałów dystrybucji dostosowanych do charakterystycznych cech produktu²³⁶. Sformułowanie to nie znalazło odzwierciedlenia w liście kryteriów legalności systemu dystrybucji selektywnej sformułowanej przez Trybunał w dalszym fragmencie uzasadnienia.

Zacytowana powyżej przesłanka dotycząca właściwości produktów, jako element kryteriów legalności dystrybucji selektywnej, pojawiła się po raz pierwszy w roku 1980 w orzeczeniu w sprawie *L'Oreal*, dotyczącym systemu dystrybucji środków do pielęgnacji włosów²³⁷. Na marginesie warto zauważyć, że wspomniane dodatkowe kryterium nie miało wpływu na rozstrzygnięcie w opisywanej sprawie. Oceniany przez Trybunał system dystrybucji nie spełniał bowiem warunku istnienia obiektywnych kryteriów wyboru o charakterze wyłącznie jakościowym²³⁸, a więc przesłanki sformułowanej już w wyroku *Metro I*.

W późniejszych orzeczeniach Trybunał odnosił się szerzej do kryterium charakterystyki produktu. Miało to miejsce między innymi w sprawie *Binon*, dotyczącej dystrybucji gazet codziennych i periodyków. Specyfika tych towarów polega na tym, że mogą być sprzedawane w wyjątkowo krótkim przedziale czasowym, co generuje koszty związane z odbiorem niesprzedanych egzemplarzy, zaś elastyczność popytu na gazety i czasopisma jest bardzo niska. Jednocześnie prasa pełni istotną rolę społeczną i kulturalną. Czynniki te powodują, zdaniem Trybunału, że uzasadnione jest zezwolenie dostawcom na wybór tylko tych spośród potencjalnych sprzedawców, którzy spełniają określone przez nich kryteria²³⁹.

Jak wskazuje A. Lubberger²⁴⁰, przesłanka charakteru produktu pierwotnie była traktowana jako element badania proporcjonalności kryteriów przyjęcia do systemu dystrybucji selektywnej. Oznaczało to, że ustanowione kryteria doboru dystrybutorów nie powinny wykraczać poza to co konieczne, biorąc pod uwagę

232 Por. decyzja Komisji z dnia 21 grudnia 1976 r. w sprawie IV/571 *Junghans*, Dz. Urz. EWG L 30/10 z 2.2.1977 r., pkt 6.

233 Por. decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1991 r. w sprawie V/33.242 *Yves Saint Laurent Parfums*, Dz. Urz. EWG L 12/24 z 18.1.1992, pkt I.C.

234 Por. decyzja Komisji z dnia 18 kwietnia 1984 r. w sprawie IV/30.849 *IBM*, Dz. Urz. EWG L 118/ 24 z 4.5.1984 r., pkt 10.

235 Cytat za Wytocznymi wertykalnymi, pkt 177.

236 Wyrok w sprawie *Metro I*, pkt 20.

237 Wyrok Trybunału 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, pkt 16.

238 Tamże, pkt 21.

239 Wyrok Trybunału 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, pkt 27-32.

240 A. Lubberger, *op. cit.*, s. 64.

specyfikę produktów będących przedmiotem dystrybucji. Natomiast w orzeczeniach Sądu z lat dziewięćdziesiątych w sprawach *Vichy*²⁴¹ i *Leclerc*²⁴² zaprezentowane zostało inne ujęcie. Kryterium charakteru produktu stało się samodzielną przesłanką dopuszczalności stosowania dystrybucji selektywnej.

Rzeczywiście, Sąd w uzasadnieniu orzeczenia w jednej ze spraw *Leclerc* – odwołując się do kryteriów Metro – wskazał, że legalność systemu dystrybucji selektywnej warunkowana jest spełnieniem czterech (a nie trzech²⁴³) przesłanek²⁴⁴, zaś pierwszą z nich jest właśnie to, że *charakter danego produktu, w szczególności jego wysoka jakość lub zaawansowany technicznie charakter, musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej w celu zachowania jego jakości i zapewnienia jego właściwego przeznaczenia*²⁴⁵. W opisywanej sprawie Sąd stwierdził, że produkty kosmetyczne co prawda nie wymagają fachowego personelu do świadczenia usług przedprzedażowych, jednak celem ustanowienia systemu dystrybucji przez producenta tychże kosmetyków była ochrona prestiżowego wizerunku i osiąganie pożytków ze swoich wysiłków promocyjnych²⁴⁶. W rezultacie stosowanie systemu dystrybucji selektywnej dla luksusowych produktów kosmetycznych zostało zaakceptowane przez Sąd.

Samodzielność przesłanki dotyczącej charakteru produktu została również zaaprobowana przez Trybunał w jego najnowszych orzeczeniach dotyczących dystrybucji selektywnej²⁴⁷. W tym miejscu należy jednak poczynić jedno zastrzeżenie. W wyroku w sprawie *Pierre Fabre* znalazło się bowiem lakoniczne stwierdzenie, że *cel polegający na ochronie prestiżowego wizerunku nie powinien stanowić celu zasługującego na ochronę dla ograniczenia konkurencji*²⁴⁸. Stanowisko to było dość zaskakujące biorąc pod uwagę ustaloną linię orzeczniczą, zapoczątkowaną wyrokami w sprawach *Leclerc* oraz potwierdzoną, także na gruncie prawa znaków towarowych, między innymi w orzeczeniu w sprawie *Copad*²⁴⁹. W uzasadnieniu orzeczenia *Coty Germany* doszło jednak do „sprostowania” wypowiedzi Trybunału z roku 2011²⁵⁰. W związku z powyższym, zgodnie z aktualnym stanowiskiem Trybunału, właściwości danego produktu muszą uzasadniać stosowanie systemu dystrybucji selektywnej, zaś potrzeba ochrony odpowiedniego wizerunku towarów luksusowych spełnia ten wymóg.

241 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 lutego 1992 r. w sprawie T-19/91 *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1992:28, pkt 65.

242 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1996:192, pkt 103. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-19/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1996:190, pkt 113.

243 W międzyczasie wydany został wyrok w sprawie *Metro II*, w którym dodano kolejną przesłankę. Zagadnienie to omówione będzie poniżej.

244 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-19/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1996:190, pkt 112.

245 Tamże, pkt 112 in fine.

246 Tamże, pkt 116.

247 Por. wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 41 oraz wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 24.

248 Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 46.

249 Por. wyrok Trybunału z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-59/08 *Copad SA przeciwko Christian Dior couture SA, Vincent Gladel i Société industrielle lingerie (SIL)*, ECLI:EU:C:2009:260, pkt 28-31.

250 Zob. przypis nr 1 do komunikatu prasowego TSUE nr 132/17 z 6 grudnia 2017 r. dostępny pod adresem <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170132pl.pdf>, data dostępu 25.04.2018 r. W tym kontekście uzasadnione jest użycie zwrotu „sprostowanie”. Trybunał powoływał się w treści uzasadnienia na wyrok w sprawie *Copad*, co również udowadnia, że w wyroku *Pierre Fabre* nie doszło do fundamentalnej zmiany podejścia.

Owo „usamodzielnienie” opisywanego kryterium jest krytykowane przez A. Lubbergera i krytyce tej nie sposób odmówić racji. Wskazuje on bowiem, że odnoszenie się do właściwości produktu przy badaniu legalności systemów dystrybucji selektywnej nie sprzyja pewności prawa²⁵¹. Rzeczywiście, praktyka stosowania tej przesłanki doprowadziła do tworzenia w literaturze swego rodzaju pomocniczych list towarów, których dystrybucja w opisywanym modelu jest prawnie dopuszczalna²⁵². Przyjmuje się, że będzie tak w przypadku produktów zaawansowanych technologicznie oraz luksusowych. Jednocześnie, brak jest jasnych przesłanek, które określałyby wobec jakich kategorii towarów stosowanie systemu dystrybucji selektywnej jest dopuszczalne²⁵³. Dowodem na to mogą być następujące przykłady. We wspomnianych wcześniej sprawach *Leclerc* Komisja zaakceptowała system dystrybucji perfum zorganizowany przez firmy Givenchy oraz Yves Saint Laurent, z uwagi na potrzebę ochrony prestiżowego charakteru produkowanych przez nie towarów. Jednocześnie we wcześniejszej sprawie *Vichy*, Komisja sprzeciwiła się systemowi dystrybucji selektywnej „para-farmaceutycznych” kosmetyków²⁵⁴. Sąd niemiecki w jednym z wyroków stwierdził, że tornistry szkolne nie są typem produktu, który uzasadnia stworzenie systemu dystrybucji selektywnej²⁵⁵. Inne składy orzekające w analogicznych sprawach dotyczących także tornistrów szkolnych dochodziły jednak do odmiennych wniosków²⁵⁶. Na kanwie sprawy dotyczącej dystrybucji selektywnej plecaków sportowych (do wędrówek, wspinaczki i jazdy na rowerze) sąd, odwołując się do przywołanego wyżej orzecznictwa, zaakceptował praktyki stosowane przez producenta tychże plecaków²⁵⁷.

W odniesieniu do produktów zaawansowanych technicznie, współcześnie istotnym problemem jest stwierdzenie, jakie towary zasługiwać będą na to miano. Ponadto jako uzasadnienie dla stosowania dystrybucji selektywnej podaje się często potrzebę zapewnienia fachowej obsługi przy ich wyborze. O ile względy te zasługiwały na uznanie w momencie wydawania wyroku w sprawie *Metro I*, to rozwój technologii i „świadomości technologicznej” społeczeństwa może prowadzić do rewizji tego stanowiska. Współcześnie konsumenci są często dobrze przygotowani do zakupów, zaś wszechobecność informacji powoduje, że pomoc pracownika sklepu ma charakter w dużej mierze opcjonalny.

Wobec tego, współcześnie znacznie bardziej przekonującym względem uzasadniającym stosowanie dystrybucji selektywnej w odniesieniu do produktów zaawansowanych technicznie może być potrzeba ich odpowiedniej prezentacji. Ma to szczególne znaczenie w sytuacji, gdy na rynku funkcjonuje bardzo wielu producentów, zaś skuteczne odróżnienie się od konkurencji jest coraz trudniejsze.

W przypadku towarów luksusowych i markowych należy zwrócić uwagę na fakt, że wraz z rosnącą zamożnością społeczeństwa i dostępnością dóbr wszelkiego rodzaju zmienia się rozumienie tych pojęć. Jak wspomniano wcześniej wyrok

251 A. Lubberger, *op. cit.*, s. 65-66. Podobnie, J. Goyder, A. Albors-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press 2009, s. 240-241.

252 Por. np. P. Roth, V. Rose (red.), Bellamy & Child ..., s. 462-463, A. Maziarz, *op. cit.*, s. 226-227. A. C. Witt, *op. cit.*, s. 443.

253 A. Maziarz, *op. cit.*, s. 227.

254 Przykład za M. Mendelsohn, S. Rose, *op. cit.*, s. 128.

255 Wyrok Landgericht Berlin z dnia 21 kwietnia 2009 r. w sprawie 16 O 729/07, pkt 35.

256 Zob. np. wyrok Oberlandesgericht Karlsruhe z dnia 25 listopada 2009 w sprawie 6 U 47/08, pkt 47.

257 Wyrok Oberlandesgericht Frankfurt z dnia 22 grudnia 2012 r. w sprawie 11 U 84/14, pkt 50-51.

Trybunału w sprawie *Coty Germany* stanowi potwierdzenie, że dystrybucja selektywna może być stosowana w przypadku towarów luksusowych (w opisywanej sprawie były to perfumy). Jednocześnie pozostaje wątpliwość, czy powyższe można odnieść do towarów markowych wysokiej jakości, które jednak nie mają charakteru luksusowego²⁵⁸ (np. buty do biegania²⁵⁹). Prezydent Bundeskartellamt A. Mundt, komentując wyrok Trybunału, uznał, że ogranicza się on wyłącznie do dóbr luksusowych i jest to ograniczenie celowe²⁶⁰. Rzeczywiście, w swojej opinii rzecznik generalny N. Wahl odnosił się także do dóbr markowych, natomiast Trybunał, akceptując stanowisko rzecznika co do *meritum*, posługiwał się tylko kategorią dóbr luksusowych²⁶¹.

Należy zwrócić uwagę, że istotnym aspektem obrotu towarami o charakterze luksusowym jest to, że często są to dobra, których właściwości ciężko ocenić przed zakupem, a czasem nawet po zakupie (ang. *credence goods*). Ponadto ich wartość nie zależy wyłącznie od jakości lub właściwości fizycznych, lecz także od sposobu postrzegania przez klientów²⁶² (ang. *product image*). Z tego względu z punktu widzenia producentów tych dóbr bardzo istotne jest zachowanie prestiżowego charakteru w oczach konsumentów, co uzasadnia stosowanie przez nich dystrybucji selektywnej²⁶³.

Biorąc pod uwagę sygnalizowane powyżej wątpliwości związane ze stosowaniem kryterium właściwości produktu, uzasadnione jest stanowisko, że element ten zmniejsza poczucie pewności co do prawa. Ocena legalności dystrybucji selektywnej powinna odbywać się w sposób kompleksowy, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności danego przypadku. Istotne jest bowiem to, aby stosowanie wypracowanych przez orzecznictwo kryteriów pozwalało na umożliwienie funkcjonowania systemom dystrybucji generującym korzyści oraz niedopuszczenie tych, w których przeważają skutki antykonkurencyjne.

Do kolejnego aspektu legalności systemu dystrybucji selektywnej Trybunał odniósł się w 1986 roku na kanwie sprawy *Metro II*²⁶⁴. Jak wskazywano powyżej, przy okazji omawiania orzeczenia w sprawie *Metro I*, funkcjonowanie systemu dystrybucji zorganizowanego przez SABA opierało się na autoryzacji tegoż systemu przez Komisję zgodnie z przepisami rozporządzenia nr 17/62. Cechą charakterystyczną decyzji „autoryzacyjnych” był ich okresowy charakter²⁶⁵. Po wygaśnięciu decyzji wydanej

258 Tak twierdzi M. Orth, zob. <https://www.d-kart.de/the-coty-case-first-comments/>, data dostępu 30.04.2018 r.

259 Zob. wyrok Tribunal de Grande Instance de Strasbourg z dnia 8 stycznia 2008 r. w sprawie 1 A 08/00927 (Brandelley), w którym sąd stanął na stanowisku, że obuwie sportowe nie jest ani produktem zaawansowanym technicznie, ani luksusowym.

260 Por. wypowiedź A. Mundta, który mówi o tym, że Trybunał „zadał sobie trudu”, żeby ograniczyć swoje wywody tylko do produktów prestiżowych. Cytat za Handelsblatt, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/eugh-urteil-zum-online-handel-das-urteil-wird-noch-geprueft/20677236-2.html?ticket=ST-105621-c32tu2iXWvjlszZbfYD0-ap4>, data dostępu 30.04.2018 r.

261 Por. wywody zawarte w punktach 21-29 wyroku i punktach 42-44 opinii.

262 T. Beuttner et. al., *An Economic Analysis of the Use of Selective Distribution by Luxury Goods Suppliers*, European Competition Journal, vol. 5 (2009), ls. 1, s. 220. Opinia rzecznika generalnego N. Wahl z dnia 26 lipca 2017 r. w sprawie C-230/16 *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2017:603, pkt 72.

263 Por. wyrok w sprawie *Copad*, pkt 24-25.

264 Wyrok Trybunału z dnia 22 października 1986 r. w sprawie 75/84 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1986:399.

265 Por. art. 8 rozporządzenia nr 17/62.

w roku 1975 spółka Metro po raz kolejny podjęła próby uzyskania dostępu do sieci dystrybucji SABA, co doprowadziło do wydania wyroku w opisywanej sprawie.

Okolicznością, która różniła obie sprawy było to, że między latami 1975 a 1986 struktura rynku, na którym działało przedsiębiorstwo SABA uległa istotnym zmianom. W momencie wydawania wyroku w sprawie *Metro II*, na rynku właściwym funkcjonowało o wiele więcej zamkniętych systemów dystrybucji. W rezultacie we wskazanym okresie doszło do usztywnienia cen, na co spółka Metro wskazywała w toku postępowania przed Trybunałem.

Powyższe względy skłoniły Trybunał do sformułowania zastrzeżenia odnoszącego się do stosowania kryteriów legalności systemu dystrybucji selektywnej: *liczba podobnych systemów dystrybucji na rynku właściwym nie może uniemożliwiać stosowania innych form dystrybucji lub skutkować sztywną strukturą cen*²⁶⁶. Jednocześnie, w omawianych wyżej orzeczeniach w sprawach *Leclerc*, Sąd stanął na stanowisku, że nawet jeżeli większość podmiotów funkcjonujących na rynku właściwym stosuje systemy dystrybucji selektywnej oparte wyłącznie na kryteriach jakościowych, nie oznacza to koniecznie, że zastosowanie znajdzie zakaz wyrażony w art. 101 ust. 1 TFUE²⁶⁷. Odnosząc się do przywołanych orzeczeń należy podkreślić, że podstawowe znaczenie ma nie ilość podobnych kanałów dystrybucji na rynku, lecz to jakie skutki wiążą się z ich istnieniem.

Przywołane powyżej tezy sądów odnoszą się do kategorii ekonomicznej tak zwanych „skutków skumulowanych”. Jak sygnalizowano w poprzednim rozdziale, ograniczenia konkurencji „wewnątrzmarkowej” spowodowane na przykład przez wprowadzenie systemu dystrybucji selektywnej nie mają szkodliwego wpływu na konkurencję w sytuacji, gdy na rynku istnieje silna konkurencja „międzymarkowa”²⁶⁸.

Opisywana przesłanka ma, jak widać, specyficzne znaczenie i nie do końca uprawniony wydaje się być wniosek, iż stanowi ona czwarte kryterium testu *Metro*²⁶⁹. Przede wszystkim bowiem, omawiane wcześniej kryteria wymagają dokonania oceny systemu dystrybucji stosowanego przez danego producenta dóbr. Przesłanka dotycząca „skutków skumulowanych” odnosi się natomiast do sytuacji na rynku właściwym. Okoliczność ta, w odróżnieniu od pozostałych kryteriów „testu *Metro*”, ma charakter zewnętrzny w stosunku do podmiotu, którego działania poddawane są ocenie.

Ponieważ wszystkie kryteria legalności systemów dystrybucji selektywnej zostały już omówione, należy następnie rozważyć, jakie są następstwa niespełnienia któregośkolwiek z nich. Istnieje wątpliwość, czy należy w takim wypadku zakwalifikować dane porozumienie jako ograniczenie konkurencji „ze względu na cel” czy też „ze względu na skutek”. W wyroku w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał stanął bowiem na stanowisku, że porozumienia o dystrybucji selektywnej, w stosunku do których nie można znaleźć obiektywnego uzasadnienia dla wywołanego przez nie ograniczenia konkurencji, należy traktować jako porozumienia o celu

266 Wyrok w sprawie *Metro II*, pkt 40.

267 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1996:192, pkt 183. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-19/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1996:190, pkt 174.

268 Por. Wytyczne wertykalne, pkt 177.

269 Tak, A. C. Witt, *op. cit.*, s. 441.

antykonkurencyjnym²⁷⁰. Nie można jednak oceniać przywołanej tezy bez odniesienia się do kontekstu w jakim zapadło orzeczenie *Pierre Fabre*. W sprawie tej Trybunał dokonywał oceny postanowienia umownego, którego przedmiotem był absolutny zakaz korzystania z dystrybutorów przez internet przy sprzedaży produktu objętego systemem dystrybucji selektywnej. Spółka *Pierre Fabre* próbowała między innymi dowieść, że zakaz ten jest uzasadniony w świetle kryteriów *Metro*. Trybunał stanął na stanowisku, że opisane postanowienie umowne jest niezgodne nie tylko z art. 101 ust. 1 TFUE, lecz także nie podlega wyłączeniu grupowemu, ponieważ zawiera klauzulę czarną, o której mowa w art. 4 lit. c rozporządzenia nr 2790/1999²⁷¹.

Tezę o istnieniu ograniczenia konkurencji ze względu na cel, w razie braku obiektywnego uzasadnienia, należało zatem odnieść do tej konkretnej sytuacji, a nie do wszystkich przypadków niespełnienia kryteriów *Metro*²⁷². Podejście takie zdaje się być także prezentowane przez Komisję, której zdaniem *czysto jakościowa dystrybucja selektywna jest generalnie uznawana za niewchodzącą w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE ze względu na brak antykonkurencyjnych skutków*²⁷³. *A contrario*, dystrybucja inna niż „czysto jakościowa” podlega zakazowi wyrażonemu w art. 101 ust. 1 ze względu na występowanie antykonkurencyjnych skutków.

Takie podejście jest także spójne na gruncie systemowym. Przywilej wyłączenia grupowego zagwarantowany rozporządzeniem nr 330/2010 obejmuje także systemy dystrybucji selektywnej niespełniające kryteriów *Metro* (np. „ilościowe”). Jednocześnie rozporządzenie to opiera się na założeniu, że wyłączone na jego mocy porozumienia spełniają wymogi zawarte w art. 101 ust. 3 TFUE²⁷⁴. Oznacza to, że prokonkurencyjne skutki wyływające z porozumień objętych przywilejem wyłączenia grupowego będą przeważać nad skutkami antykonkurencyjnymi. W przypadku porozumień, które ograniczają konkurencję ze względu na cel prawdopodobieństwo spełnienia kryteriów sformułowanych w art. 101 ust. 3 TFUE jest niewielkie.

Podsumowując dorobek orzecniczy sądów unijnych w zakresie analizy systemów dystrybucji selektywnej na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, wskazać należy, że istnieją cztery kryteria legalności tych porozumień. Pierwsze wiąże się z właściwościami danego produktu. Muszą one uzasadniać stosowanie systemu dystrybucji selektywnej. Kolejna przesłanka odnosi się do ustanowionych przez producenta kryteriów wyboru uczestników sieci dystrybucji. Muszą one być obiektywne, jednolite i o charakterze jakościowym, stosowane w sposób niedyskryminacyjny oraz dostępne dla wszystkich ewentualnych odsprzedawców. Ostatnim wymogiem jest to, aby wskazane kryteria nie wykraczały poza to co konieczne. System dystrybucji, który zorganizowany jest w sposób urzeczywistniający wszystkie te przesłanki, określa się mianem czysto jakościowego. Nie jest to jednak wystarczające dla stwierdzenia, że zakaz z art. 101 ust. 1 TFUE nie znajdzie zastosowania. Istotna jest także sytuacja rynkowa. Jeżeli bowiem skutki skumulowane funkcjonujących na rynku właściwym systemów

270 Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 39.

271 Przepis ten odpowiada art. 4 lit. c w rozporządzeniu nr 330/2010. Zagadnienia te omawiane będą w następnym podrozdziale.

272 Zob. G. Monti, *Restraints on Selective Distribution Agreements, World Competition*, vol. 36 (2013), No. 4, s. 501.

273 Wytyczne wertykalne pkt 177.

274 Zob. motyw nr 5 rozporządzenia nr 330/2010.

dystrybucji mają charakter antykonkurencyjny, stworzenie kolejnego będzie w większym stopniu ograniczać konkurencję.

Jednocześnie wraz z wprowadzeniem wyłączenia grupowego drugiej generacji, które objęło również kategorię dystrybucji selektywnej²⁷⁵, analiza porozumień na gruncie przepisów Traktatu straciła na znaczeniu. W następnej części szczegółowo opisane zostaną zagadnienia związane ze stosowaniem rozporządzenia nr 330/2010 do systemów dystrybucji selektywnej. Jednocześnie należy zastrzec, że zarówno to rozporządzenie, jak i towarzyszące mu wytyczne w dużej mierze opierają się na dorobku orzecznictwa przytoczonego wyżej.

3.4. Ocena legalności systemów dystrybucji selektywnej w reżimie rozporządzenia nr 330/2010

Art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia nr 330/2010 zawiera definicję legalną systemu dystrybucji selektywnej. Jest to *system dystrybucji, w którym dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, a dystrybutorzy ci zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system*.

Analiza powyższej definicji prowadzi do wniosku, że nie wprowadza ona rozróżnienia na systemy „jakościowe” oraz „ilościowe”. Obie formy są zatem dopuszczalne i zasługują na wyłączenie. Dystrybutorzy mają być bowiem wybierani *według określonych kryteriów*. Kryteria te muszą być tylko „określone”, co zdaniem M. Marka oznacza jedynie, że muszą być one weryfikowalne²⁷⁶. Przywołana definicja nie powtarza zatem przesłanek, które znalazły się w orzeczeniu *Metro I*. Do zobrazowania skutków dla praktyki jakie się z tym wiążą warto posłużyć się przykładem zaprezentowanym przez F. Wijckmans i F. Tuytschaever. Wymaganie od jednego spośród uczestników sieci dystrybucji dysponowania punktem sprzedaży o powierzchni co najmniej 100 mkw. (np. ponieważ znajduje się on w dużym mieście), zaś od pozostałych jedynie 50 mkw. nie spełni kryterium *Metro* odnoszącego się do jednolitego stosowania wymogów. Będzie to jednak dopuszczalne na gruncie rozporządzenia nr 330/2010²⁷⁷.

Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ określone w wyroku w sprawie *Metro I* kryteria są uznawane za mocno rygorystyczne i niewiele systemów dystrybucji funkcjonujących na rynku będzie w stanie je spełnić²⁷⁸, co zresztą zdaje się zauważać sam Trybunał²⁷⁹. Dzieje się tak ze względu na bardzo szerokie rozumienie pojęcia „kryterium ilościowego”²⁸⁰. Jako przykład powyższego można

275 Wyłączenia grupowe pierwszej generacji nie obejmowały bowiem dystrybucji selektywnej, por. uwagi przedstawione w poprzednim rozdziale.

276 M. Marek, Wyłączenie dystrybucji..., s. 13. Por. także Wyrok Trybunału z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-158/11 *Auto 24 SARL przeciwko Jaguar Land Rover France SAS* (Wyrok w sprawie Jaguar France), ECLI:EU:C:2012:351, pkt 39.

277 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford University Press 2011, pkt 6.50. Przykład za M. Marek, Wyłączenie dystrybucji..., s. 14.

278 A. Gurin, L. Peepkorn, *Vertical Agreements* [w:] *The EU Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oksford University Press 2014, pkt 9.250.

279 Wyrok w sprawie *Jaguar France*, pkt 34.

280 K. Kohutek, *Komentarz...*, teza 6.3.

wskazać wspomnianą wcześniej sprawę *Vichy*, w której wymóg prowadzenia sprzedaży wyłącznie za pośrednictwem licencjonowanych aptek uznano właśnie za kryterium ilościowe²⁸¹.

Ponadto definicja zawarta w art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia nie odnosi się do właściwości produktów objętych systemem dystrybucji. Oznacza to, że wyłączeniu podlegać mogą towary wszelkiego rodzaju, a więc nie tylko takie, których właściwości (np. luksusowy charakter) uzasadniają ustanowienie systemu dystrybucji selektywnej.

Interpretowana definicja może wywoływać wątpliwości co do tego, czy na gruncie rozporządzenia dopuszczalna jest tak zwana dystrybucja „dwutorowa”. Innymi słowy, czy organizator systemu dystrybucji może sam jednocześnie prowadzić sprzedaż na rzecz użytkowników końcowych. Ma to szczególnie istotne znaczenie na gruncie handlu elektronicznego, ponieważ często zdarza się, że producenci towarów posiadają własne strony internetowe, zawierające moduł sklepu internetowego. Definicja z art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia wskazuje jedynie na to, że *dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów*. Powyższe sformułowanie można rozumieć w ten sposób, że zakazuje dostaw na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów, ale nie ogranicza możliwości sprzedaży towarów objętych systemem użytkownikom końcowym. W takim wypadku słowo „sprzedawać” oznaczałoby wyłącznie „sprzedaż do dalszej odsprzedaży”, a nie sprzedaż w ogóle. Możliwa jest także inna interpretacja art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia²⁸², „bardziej literalna” niż zaprezentowana powyżej.

Jak stwierdza P. von Hülsen, za dopuszczeniem dystrybucji „dwutorowej” przemawia zarówno systematyka, jak i cel rozporządzenia. Autor ten zakłada, że dostawca również jest uczestnikiem systemu dystrybucji selektywnej. Zgodnie zaś z art. 4 lit. c rozporządzenia *ograniczenie (...) możliwości prowadzenia sprzedaży (...) na rzecz użytkowników ostatecznych* traktowane jest jako najpoważniejsze ograniczenie konkurencji i powoduje utratę przywileju wyłączenia grupowego. Jednocześnie celem rozporządzenia jest takie uregulowanie dystrybucji selektywnej, aby sprzyjało to w największym stopniu konkurencji na rynku wewnętrznym. Istnienie dodatkowego podmiotu w ramach danej sieci dystrybucji w oczywisty sposób zwiększa konkurencję „wewnątrzmarkową”. W związku z powyższym, dostawca również musi mieć możliwość prowadzenia sprzedaży na rzecz użytkowników końcowych²⁸³.

Na marginesie należy wskazać, że zawarty w opisywanej definicji zwrot *sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio* wskazuje na możliwość posługiwania się przez producenta – organizatora systemu dystrybucji selektywnej, podmiotami trzecimi przy prowadzeniu sprzedaży na rzecz uczestników sieci dystrybucji. Jednocześnie podmioty te – w praktyce będą to hurtownicy – nie muszą spełniać kryteriów

281 Decyzja Komisji z dnia 11 stycznia 1991 r. w sprawie IV/31.624 *Vichy*, Dz. Urz. EWG L 75/57 z 21.3.1991 r. pkt II.18.b.

282 W angielskiej wersji językowej posłużono się słowem „to sell”, w niemieckiej „verkaufen”, zaś w francuskiej „vendre”. Wszystkie te zwroty odpowiadają polskiemu pojęciu „sprzedaż”.

283 P. von Hülsen, *op. cit.*, s. 300-301.

dopuszczenia do systemu. Okoliczność ta traktowana jest w sposób identyczny na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, jak i rozporządzenia nr 330/2010²⁸⁴.

Przed przejściem do omówienia szczegółowych postanowień rozporządzenia należy zwrócić szczególną uwagę na motyw nr 5, który jest kwintesencją opisywanej regulacji i stanowi istotną wskazówkę dla interpretacji poszczególnych jej elementów. Brzmi on następująco: *przywilej wyłączenia grupowego ustanowiony niniejszym rozporządzeniem powinien być ograniczony do porozumień wertykalnych, w odniesieniu do których można założyć z wystarczającą pewnością, że spełniają warunki art. 101 ust. 3 Traktatu*. Należy przypomnieć, że szczegółowe przesłanki sformułowane w art. 101 ust. 3 TFUE mają na celu umożliwienie dokonania rzetelnej oceny, kiedy skutki prokonkurencyjne porozumienia przeważają nad wywoływanymi przez nie skutkami antykonkurencyjnymi.

Rozporządzenie nr 330/2010 stanowi wyłączenie grupowe drugiej generacji. W związku z powyższym, art. 2 ust. 1 wyłącza zastosowanie zakazu sformułowanego w art. 101 ust. 1 TFUE w odniesieniu do porozumień wertykalnych w ogóle, a nie do określonych ich typów. W rozporządzeniu znajduje się natomiast ograniczenie jego zakresu podmiotowego²⁸⁵. Ponadto, zgodnie z art. 3 ust. 1 *wyłączenie (...) ma zastosowanie pod warunkiem, że udział dostawcy nie przekracza 30 procent rynku właściwego, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte porozumieniem, a udział nabywcy nie przekracza 30 procent rynku właściwego (...)*²⁸⁶. Przekroczenie wskazanego progu²⁸⁷ powoduje uchylenie domniemania zgodności danego porozumienia z prawem konkurencji. W takim wypadku zainteresowane przedsiębiorstwo zobowiązane jest wykazać, że spełnia przesłanki określone w art. 101 ust. 3 TFUE.

Art. 4 rozporządzenia zawiera listę tak zwanych klauzul czarnych, czyli postanowień stanowiących najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (ang. *hardcore restrictions*). Zawarcie którejkolwiek z wymienionych w omawianym przepisie klauzul skutkuje pozbawieniem całego porozumienia przywileju wyłączenia grupowego. Poniżej omówione zostaną te spośród klauzul czarnych, które bezpośrednio odnoszą się do dystrybucji selektywnej²⁸⁸.

Zgodnie z art. 4 lit. b najpoważniejsze ograniczenie konkurencji stanowi *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*. Innymi słowy jako najpoważniejsze ograniczenie konkurencji traktowane są działania zmierzające do dokonania podziału rynku²⁸⁹. Od tego przepisu przewidzianych jest szereg wyjątków, jeden z nich dotyczy zaś dystrybucji selektywnej. Ograniczenie *dystrybutorom*

284 M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji...*, s. 16.

285 Zob. szerzej art. 2 ust. 2-5 rozporządzenia, w szczególności art. 2 ust. 4.

286 Na marginesie należy wskazać, że w poprzedniej wersji rozporządzenia (nr 2790/1999) kryterium progu udziału w rynku odnoszono tylko do dostawcy.

287 Odnosnie do zasad wyliczania udziału w rynku na potrzeby art. 3 rozporządzenia zob. art. 7 rozporządzenia oraz Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. UE C 372/5 z 9.12.1997.

288 Tym samym bez omówienia pozostał art. 4 lit. a dotyczący ustalania cen odsprzedaży oraz klauzula zawarta w lit. e odnosząca się do ograniczeń w porozumieniach między dostawcą komponentów a nabywcą, który je wbudowuje.

289 Wytyczne wertykalne, pkt 50.

działającym w systemie dystrybucji selektywnej prowadzenia sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system (art. 4 lit. b ppkt iii) nie stanowi „hardcore restriction”. Istnienie tego przepisu wynika wprost z przyjętej na potrzeby rozporządzenia definicji systemu dystrybucji selektywnej²⁹⁰. Zdaniem Komisji powyższy wyjątek obejmuje obszary, na których aktualnie działa system dystrybucji selektywnej oraz takie, na których producent jeszcze nie rozpoczął sprzedaży towarów objętych systemem²⁹¹. Niewymagane jest natomiast wykazanie zamiaru organizacji sieci dystrybucji na tych terenach²⁹². Jednocześnie z powyższego wynika, że w sytuacji, gdy na jednym obszarze funkcjonuje dystrybucja selektywna (przykładowo – Polska), zaś na innym odmienna forma dystrybucji (przykładowo – Czechy), producent nie może zabronić dokonywania sprzedaży przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej (Polska) na rzecz dystrybutorów funkcjonujących na tym obszarze, gdzie funkcjonuje inny model (Czechy)²⁹³.

Szczególnie istotne znaczenie dla dystrybucji selektywnej ma art. 4 lit. c rozporządzenia. „Zakazuje” on ograniczania *dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych, bez uszczerbku dla możliwości zabronienia tym dystrybutorom prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych*. Podobnie zatem jak w przypadku omawianego wcześniej art. 4 lit. b, celem tego przepisu jest zwalczanie zjawiska podziału rynków²⁹⁴.

Pod pojęciem „użytkowników końcowych” należy rozumieć zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców, z tym zastrzeżeniem, że w zakres tego pojęcia nie wchodzi zakłady naprawcze lub inni usługodawcy²⁹⁵ (art. 4 lit. e). Skutkiem powyższego jest to, że dostawca nie będzie w stanie w pełni wykluczyć nieautoryzowanych dystrybutorów. Organizator sieci dystrybucji nie może bowiem nakładać ograniczeń na odbiorców końcowych²⁹⁶.

W omawianym przepisie mowa jest o sprzedaży „pasywnej” i „aktywnej”. Przez sprzedaż aktywną, według Komisji, rozumieć należy *nawiązywanie kontaktów z poszczególnymi klientami*, zaś przez sprzedaż pasywną *odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych*²⁹⁷. Jednocześnie, co bardzo istotne dla niniejszej pracy, wykorzystywanie strony internetowej przez dystrybutora do sprzedaży produktów traktowane jest przez Komisję jako forma sprzedaży pasywnej, ponieważ *jest to uzasadniony sposób umożliwiający klientom dotarcie do dystrybutora*²⁹⁸.

290 M. Mendelsohn, S. Rose, *op. cit.*, s. 131.

291 Tamże, pkt 55.

292 J. Goyder, *EU Distribution...*, s. 145.

293 Colangelo G., Torti V., *Selective distribution and online marketplace restrictions under EU competition rules after „Coty Prestige”*, *European Competition Journal*, vol. 14 (2018), is. 1

294 Opinia Rzecznika Generalnego N. Wahl w sprawie *Coty Germany*, pkt 137-138.

295 J. Goyder, *EU Distribution...*, s. 145.

296 G. Colangelo, V. Torti, *op. cit.*, s. 7.

297 Wytyczne wertykalne, pkt 51.

298 Tamże, pkt 52.

Posługiwanie się opisywanymi pojęciami w stosunku do sprzedaży internetowej jest krytykowane w literaturze jako bezzasadne²⁹⁹. Rzeczywiście, w praktyce pojawiają się duże trudności z zakwalifikowaniem poszczególnych przejawów działalności związanej ze sprzedażą przez internet do którejkolwiek z tych kategorii³⁰⁰. Przykładowo, jak wskazuje B. Targański, strategia marketingowa jaką jest pozycjonowanie stron WWW, w pewnych przypadkach może być traktowana jako sprzedaż pasywna lub aktywna. Zależy to w dużej mierze od algorytmu wyszukiwarki, a także od fraz kluczowych przyjętych jako podstawa do pozycjonowania³⁰¹. Jednocześnie na gruncie art. 4 lit. c rozporządzenia nie ma potrzeby precyzyjnego rozgraniczenia poszczególnych przykładów każdej z tych form sprzedaży, ponieważ w świetle tego przepisu, ograniczanie zarówno sprzedaży aktywnej, jak i pasywnej stanowi „hardcore restriction”³⁰².

Ponadto, zgodnie z art. 4 lit. d, za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji uznaje się *ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej*. Z powyższego wynika, że kluczowym elementem systemu dystrybucji selektywnej jest to, że stanowi on pewnego rodzaju zamkniętą sieć, w ramach której może odbywać się swobodna wymiana towarów objętych tym systemem. Na gruncie opisywanego przepisu pojęcie „ograniczenia dostaw wzajemnych” należy rozumieć szeroko. Obejmować ono będzie zatem wszelkie przeszkody w dokonywaniu dostaw, a więc nie tylko ich zakaz lub nakładanie limitów ilościowych, lecz także działania mające na celu zmniejszenie opłacalności dostaw wzajemnych³⁰³. Ponadto w zakresie zastosowania art. 4 lit. d znajdują się wszelkie konfiguracje podmiotowe, na przykład dostawy między dystrybutorami różnych szczebli, a także dostawy między dystrybutorami pochodzącymi z różnych państw członkowskich³⁰⁴. Jak wskazuje Komisja, skutkiem istnienia opisywanej klauzuli czarnej jest to, że niedopuszczalne jest łączenie dystrybucji selektywnej z ograniczeniami wertykalnymi takimi jak wyłączność zakupów lub wyłączność dostaw w odniesieniu do hurtowników³⁰⁵.

Utrata przywileju wyłączenia grupowego ze względu na zawarcie w sformułowaniu klauzuli czarnej teoretycznie nie zamyka drogi do uzyskania wyłączenia indywidualnego. W takiej sytuacji, podobnie jak w przypadku przekroczenia progów, o których mowa w art. 3 rozporządzenia, dochodzi jedynie do obalenia

299 Zob. w szczególności T. Beuttner et. al., *An Economic Analysis...*, s. 223-224; Opinia francuskiej Autorité de la concurrence z dnia 28 września 2009 r. przedstawiona w ramach konsultacji rozporządzenia nr 330/2010, s. 10; Wspólne stanowisko niemieckiego Ministerstwa ds. Gospodarki i Technologii oraz Bundeskartellamt przedstawione w ramach konsultacji rozporządzenia nr 330/2010, s. 8. Oba dokumenty są dostępne na stronie poświęconej konsultacjom: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html dostęp, 05.05.2018 r.; R. Subiotto, C. Dautricourt, *The Reform of European Distribution Law*, *World Competition*, vol. 34 (2011), No. 1, s. 34; B. Targański, *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*, IKAR 5/2013, s. 18-26.

300 Odrębnym zagadnieniem jest to, czy różnego rodzaju ograniczenia nakładane na sprzedaż internetową traktować należy jako naruszenie art. 4 lit. c rozporządzenia. Kwestie te będą omawiane szczegółowo w następnym rozdziale.

301 B. Targański, *Sprzedaż aktywna i pasywna ...*, s. 21-22.

302 Ze względu na treść art. 4 lit. b ppkt (i) rozróżnienie to jest istotne dla dystrybucji wyłącznej, w przypadku tej formy dopuszczalna jest możliwość ograniczania aktywnej sprzedaży. Zob. szerzej B. Targański, *Sprzedaż aktywna i pasywna...*, s. 18-26.

303 M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji...*, s. 19.

304 F. Wijckmans, F. Tuytschaever, op. cit., pkt 4.175.

305 Wytyczne wertykalne, pkt 58.

domniemania spełniania przez daną praktykę przesłanek z art. 101 ust. 3 TFUE³⁰⁶. W ocenie Komisji, „*hardcore restrictions*” stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE³⁰⁷. Należy zastrzec, że okoliczność ta, w teorii, nie pozbawia przedsiębiorstwa możliwości skutecznego powoływania się na przesłanki wyłączenia indywidualnego³⁰⁸. Można jednak przyjąć z prawdopodobieństwem zbliżonym do pewności, że w opisywanych przypadkach do tego nie dojdzie. Będzie tak chociażby ze względu na niespełnienie przesłanki dotyczącej polepszenia produkcji lub dystrybucji³⁰⁹.

Na marginesie należy wskazać, że podejście Komisji do „*hardcore restrictions*” jako kategorii tożsamej z ograniczeniami konkurencji ze względu na cel (ang. *object restriction*) jest słusznie krytykowane w literaturze³¹⁰. Jakkolwiek desygnaty obu tych pojęć w dużej mierze się pokrywają, to mimo wszystko są to dwie różne kategorie z punktu widzenia ich założeń. Zawarcie w treści porozumienia jednej z klauzul wymienionych w art. 4 rozporządzenia skutkuje wyłączeniem go z zakresu domniemania spełnienia przesłanek z art. 101 ust. 3 TFUE. Jednocześnie nie jest to automatycznie wyrazem negatywnej oceny danej praktyki na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE³¹¹. Co więcej, jak wskazywano w poprzednim rozdziale, badanie istnienia antykonkurencyjnego celu porozumienia powinno opierać się na szczegółowej analizie odnoszącej się nie tylko, treści porozumienia, lecz także do kontekstu gospodarczego i prawnego, w którym ono funkcjonuje. Na gruncie art. 4 rozporządzenia nie ma natomiast potrzeby brania tych okoliczności pod uwagę³¹².

W art. 5 rozporządzenia znajduje się lista tak zwanych klauzul szarych. Są to przykłady postanowień zawartych w porozumieniach wertykalnych, których istnienie wyklucza korzystanie z przywileju wyłączenia grupowego, lecz nie w odniesieniu do całego porozumienia, a tylko do tych klauzul (zasada podzielności)³¹³. Na gruncie dystrybucji selektywnej istotne znaczenie ma art. 5 ust. 1 lit. c, zgodnie z którym, *jakikolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie skutkujące zakazem sprzedaży produktów niektórych konkurentów dostawcy przez dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej* nie jest objęte przywilejem wyłączenia grupowego.

Analiza przywołanego przepisu prowadzi do wniosku, że dopuszczalne jest połączenie dystrybucji selektywnej z generalnym zakazem konkurowania, pod warunkiem, że nie trwa on, co do zasady³¹⁴, dłużej niż pięć lat³¹⁵. Innymi słowy, uczestnicy systemu dystrybucji selektywnej mogą być zobowiązani do nieodsprzedawania konkurencyjnych marek w ogóle. Niedopuszczalne jest natomiast ograniczanie odsprzedaży w odniesieniu do konkretnych konkurencyjnych marek. W przeciwnym

306 Tamże, pkt 47.

307 Tamże, pkt 23.

308 Por. Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 15 lipca 1994 r. w sprawie T-17/93 *Matra Hachette SA przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:1994:89, pkt 85. oraz Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 46, a także przykład przytoczony przez Komisję w pkt 225 Wytycznych wertykalnych.

309 Tak zwana „pierwsza przesłanka”, patrz rozdział 2.

310 Zob. w szczególności J. Goyder, *Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements*, JECLAP, vol. 2 (2011), No. 4, S. Vollering, *When a hardcore restriction is not an object restriction*, ECLR vol. 39 (2018) Is. 2, Opinia rzecznika Generalnego Jana Mazaka w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 24-28.

311 J. Goyder, *Cet Obscur...*, s. 331. Już sam wydzźwięk słowa „hardcore” podświadomie nakazuje traktować te przypadki jako ograniczenia ze względu na cel – czyli najpoważniejsze kategorie ograniczeń.

312 S. Vollering, *When a hardcore restriction...*, s. 68.

313 Wytyczne wertykalne, pkt 65 oraz pkt 70-71.

314 Por. art. 5 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 330/2010.

315 Wynika to z treści art. 5 ust. 1 lit. a.

razie, na gruncie rozporządzenia istniałaby zachęta do niedozwolonej współpracy między bezpośrednimi konkurentami na przykład w formie zbiorowego bojkotu³¹⁶.

Analiza struktury rynku właściwego pod kątem istnienia skutków skumulowanych, na wzór orzeczenia w sprawie *Metro II*, jest również istotna na gruncie rozporządzenia nr 330/2010. Do kategorii tej odnoszą się dwie procedury: wycofanie wyłączenia oraz zaprzestanie stosowania rozporządzenia. Ich istnienie wynika z podstawowego założenia na jakim oparte jest wyłączenie grupowe, a mianowicie, że przywilej wyłączenia przysługuje tym spośród porozumień wertykalnych, co do których można przyjąć uzasadnione założenie, że spełniają one kryteria sformułowane w art. 101 ust. 3 TFUE³¹⁷. W tym miejscu należy przypomnieć, że jedną z przesłanek wyłączenia indywidualnego było to, że dane porozumienie nie prowadzi do niedopuszczalnej eliminacji konkurencji³¹⁸. W sytuacji, gdy na rynku właściwym funkcjonuje kilka sieci dystrybucji, które skupiają znakomitą większość uczestników tego rynku, może dojść do zamknięcia tego rynku dla potencjalnych konkurentów. Jednocześnie oznaczać to także będzie, że nie istnieje wystarczająco silna konkurencja „międzymarkowa”, mogąca skutecznie zrekompensować ograniczenia konkurencji „wewnątrzmarkowej”³¹⁹.

Komisja w wytycznych sformułowała domniemanie, będące podstawą do rozważenia wszczęcia procedury wyłączenia. Oparte jest ono na dwóch wskaźnikach – udziale w rynku dystrybucji selektywnej w ogóle oraz udziale w rynku pięciu największych dystrybutorów (CR5). W ocenie Komisji, problemy związane z istnieniem skutków skumulowanych mogą powstać dopiero w sytuacji, gdy zarówno wskaźnik pokrycia rynku, jak i CR5 przekraczają pułap 50 procent³²⁰. W takim wypadku należy wziąć pod uwagę działania największych dystrybutorów. Jeżeli stosują oni dystrybucję selektywną, istnieje prawdopodobieństwo zamknięcia rynku innym dystrybutorom. Będzie tak w szczególności w sytuacji, gdy podmioty te stosować będą systemy „ilościowe”³²¹. Przykład ten pokazuje, że pomimo iż systemy zarówno „jakościowe”, jak i „ilościowe” podlegają wyłączeniu grupowemu, to nie oznacza, że będą one na gruncie rozporządzenia traktowane tak samo.

Wycofanie następuje w drodze decyzji Komisji, której treścią jest stwierdzenie, że dane przedsiębiorstwo naruszyło zakaz wyrażony w art. 101 ust. 1 TFUE. Decyzja ta wywołuje skutki *ex nunc*. Kompetencja do ich wydawania wynika z art. 29 rozporządzenia nr 1/2003³²². Adresatami decyzji o wycofaniu powinny być przedsiębiorstwa, które mają znaczny udział w wywołaniu skutków skumulowanych. Należy mieć na uwadze, że w ramach procedury wycofania ciężar dowodu spoczywa na Komisji³²³.

316 Wytyczne wertykalne, pkt 69.

317 Por. motyw 5 rozporządzenia nr 330/2010.

318 Tak zwana „przesłanka czwarta”, por. uwagi zawarte w poprzednim rozdziale.

319 Wytyczne wertykalne, pkt 178. Jak wskazywano wcześniej istnienie dostatecznie silnej konkurencji „międzymarkowej” w ramach osłabionej konkurencji „wewnątrzmarkowej” na skutek istnienia systemów dystrybucji selektywnej jest warunkiem uznawania tych systemów za nieszkodliwe dla konkurencji.

320 Wytyczne wertykalne, pkt 179.

321 Tamże, pkt 180. Por. także przykład przedstawiony w pkt 188.

322 Por. motyw 15 rozporządzenia nr 330/2010.

323 Wytyczne wertykalne, pkt 77.

Podczas gdy wycofanie przywileju wyłączenia grupowego odbywa się na podstawie aktu indywidualnego, zaprzestanie stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych następuje w drodze rozporządzenia Komisji. Podstawą prawną do wydawania tego typu rozporządzeń jest art. 6 rozporządzenia nr 330/2010. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu z opisywanej procedury można skorzystać w sytuacji, gdy *równoległe sieci podobnych ograniczeń wertykalnych obejmują więcej niż 50 procent rynku właściwego*.

Rozporządzenie „o zaprzestaniu” powinno precyzyjnie określać, w stosunku do jakiego typu ograniczeń wertykalnych i na jakim rynku właściwym znajdzie ono zastosowanie. Po tym jak rozporządzenie o zaprzestaniu wejdzie w życie, poszczególne porozumienia na rynku nim objętym będą oceniane według kryteriów stosowania art. 101 ust. 1 TFUE³²⁴. Jednocześnie nie działa ono z mocą wsteczną. Procedura zaprzestania stosowania przywileju wyłączenia grupowego nie ma zatem charakteru represyjnego. Ponieważ wymagane jest ustanowienie okresu przejściowego (minimum sześć miesięcy) przed wejściem w życie rozporządzenia „o zaprzestaniu”³²⁵ przedsiębiorcy będą mogli dostosować się do nowego stanu prawnego.

Podsumowując, system oceny porozumień o dystrybucji selektywnej wprowadzony przez rozporządzenie nr 330/2010 jest znacznie bardziej liberalny niż analiza tychże porozumień na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE. Jednocześnie, aby możliwe było objęcie systemu dystrybucji selektywnej przywilejem wyłączenia grupowego spełniony musi być szereg przesłanek. Po pierwsze, dany system musi odpowiadać definicji sformułowanej w art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia. Strony porozumienia nie mogą przekraczać progu udziału w rynku przewidzianego w art. 3 rozporządzenia, zaś w treści porozumienia nie może znaleźć się żadna z klauzul, wskazanych w art. 4. Utrata przywileju wyłączenia grupowego jest też możliwa ze względu na okoliczności w pewnym stopniu niezależne od stron porozumienia. W sytuacji wystąpienia na rynku tak zwanych skutków skumulowanych, Komisja może skorzystać z procedury wycofania wyłączenia lub zaprzestania stosowania rozporządzenia wyłączonego.

3.5. Możliwość uzyskania przez system dystrybucji selektywnej wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE

Należy mieć na uwadze, że w razie utraty przywileju wyłączenia grupowego, niezależnie od przyczyny³²⁶, dla której to nastąpiło, możliwe jest skorzystanie przez zainteresowane przedsiębiorstwo z wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. Ponieważ przesłanki stosowania tego przepisu były już szczegółowo opisywane w poprzednim rozdziale, w tym miejscu wystarczy ograniczyć się do wskazania pewnych prawidłowości decydujących o tym, kiedy system dystrybucji selektywnej, niewchodzący w zakres zastosowania

³²⁴ Wytyczne wertykalne, pkt 80.

³²⁵ Tamże, pkt 84.

³²⁶ Por. jednak wcześniejsze uwagi dotyczące podejścia Komisji do tzw. „hardcore restrictions”. W praktyce możliwe to będzie tylko w razie przekroczenia progu udziału w rynku, o którym mowa w art. 3 rozporządzenia.

rozporządzenia nr 330/2010, będzie kwalifikował się do wyłączenia indywidualnego³²⁷.

Można wyróżnić szereg okoliczności, które wywołują największe obawy Komisji w kontekście zgodności z prawem konkurencji kategorii dystrybucji selektywnej. Są to po pierwsze, osłabienie lub eliminacja konkurencji „międzymarkowej”. Po drugie, zamykanie dostępu do rynków oraz po trzecie, ułatwianie zмовы między bezpośrednimi konkurentami. Porozumienia, które prowadzą do wystąpienia którejkolwiek z tych okoliczności najprawdopodobniej nie będą kwalifikowały się do wyłączenia indywidualnego.

W związku z powyższym, odnosząc się do oceny porozumień pod kątem zgodności z art. 101 ust. 3 TFUE, przede wszystkim istotne znaczenie ma pozycja rynkowa dostawcy i jego dystrybutorów. Im większa, tym mniej prawdopodobne jest uzyskanie wyłączenia. Oprócz tego, pod uwagę brać należy pozycję konkurentów, ponieważ im silniejsza konkurencja „międzymarkowa”, tym mniej szkodliwe jest ograniczanie konkurencji „wewnątrzmarkowej”. Inaczej należy ocenić sytuację, gdy na rynku właściwym istnieje dostawca mający na przykład czterdziestoprocentowy udział w rynku, zaś udziały każdego z jego konkurentów wynoszą zaledwie po kilka procent od sytuacji, gdy na rynku funkcjonuje kilka podmiotów o relatywnie dużej sile rynkowej. W pewnych sytuacjach istotna będzie także analiza pozycji rynkowej dystrybutorów funkcjonujących na danym rynku. Jeżeli posiadają oni dużą siłę nabywczą, może to prowadzić do zawierania porozumień horyzontalnych, których celem będzie wykluczenie słabszych dystrybutorów³²⁸.

Kolejne okoliczności istotne przy ocenie danego systemu dystrybucji pod kątem art. 101 ust. 3 TFUE odnoszą się do właściwości rynku i produktu. Przede wszystkim pod uwagę należy brać tak zwane bariery wejścia na rynek. Ponieważ dystrybucja selektywna najczęściej odnosi się do produktów markowych – bariery te będą przeważnie wysokie³²⁹. Ważny jest też stopień tak zwanej „dojrzałości rynku”. Przyjmuje się, że problemy związane z osłabieniem konkurencji „międzymarkowej” z większym prawdopodobieństwem wystąpią na rynkach dojrzałych, niż na rynkach dynamicznie rozwijających się³³⁰. Ponadto uzyskanie wyłączenia indywidualnego będzie mało prawdopodobne w wypadku, gdy właściwości produktów objętych systemem nie wymagają jego wprowadzenia³³¹. Innymi słowy, środki przyjęte do zwalczania „problemu gapowicza” nie mogą mieć charakteru wyłącznie pozornego.

3.6. Podsumowanie

W przedstawionym tu rozdziale dokonano charakterystyki dystrybucji selektywnej jako modelu umowy handlowej, przeanalizowano najważniejsze korzyści gospodarcze związane ze stosowaniem tej formy dystrybucji, a także wskazano, czym różni się ona od działalności w ramach zintegrowanego wertykalnie

327 Zob. szerzej, J. Goyder, *EU Distribution...*, s. 147-156.

328 Wytyczne wertykalne, pkt 181.

329 Tamże, pkt 190.

330 Tamże, pkt 184.

331 Tamże, pkt 185.

przedsiębiorstwa oraz w ramach umowy agencyjnej. Zaprezentowano także, w jaki sposób należy dokonywać analizy systemu dystrybucji selektywnej na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE oraz przepisów rozporządzenia nr 330/2010.

W następnym rozdziale znajdują się uwagi dotyczące ograniczeń nakładanych na uczestników systemów dystrybucji selektywnej w odniesieniu do sprzedaży internetowej.

Rozdział IV: Ograniczenia nakładane na uczestników systemu dystrybucji selektywnej odnoszące się do sprzedaży internetowej

Przedmiotem tego rozdziału będzie szczegółowe omówienie wybranych kategorii ograniczeń odnoszących się do sprzedaży towarów objętych dystrybucją selektywną za pośrednictwem internetu. W pierwszej kolejności przedstawione zostaną ogólne założenia dotyczące opisywanych zagadnień, w szczególności sformułowana przez Komisję zasada ekwiwalencji, stanowiąca podstawę do badania ograniczeń sprzedaży internetowej. Następnie zaprezentowane zostaną przykłady pochodzące zarówno z orzecznictwa sądów unijnych, jak również sądów i organów do spraw konkurencji niektórych państw członkowskich, a także hipotetyczne sytuacje przywoływane w literaturze.

Opisywane ograniczenia zostaną podzielone na kilka kategorii przedmiotowych. Na początku omówione zostaną restrykcje dotyczące sprzedaży internetowej w ogóle. Następnie przedstawione będą ograniczenia w zakresie wzajemnych relacji między sprzedażą *online* i „*offline*” w ramach działalności danego podmiotu. Ponadto omówione zostaną wymogi dotyczące technicznych aspektów działalności dystrybutorów w internecie, a także te odnoszące się do zawartości i wyglądu prowadzonych przez uczestników systemu dystrybucji stron oraz ograniczenia związane z obsługą klienta w sklepach internetowych autoryzowanych dystrybutorów.

Przywoływane przykłady będą oceniane w oparciu o schemat analizy przedstawiony w poprzednich rozdziałach. Pod uwagę brana będzie zatem zarówno możliwość odmowy zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE ze względu na istnienie obiektywnego uzasadnienia (kryteria metro), jak i wyłączenie grupowe na podstawie przepisów rozporządzenia nr 330/2010.

4.1. Uwagi wprowadzające. Zasada ekwiwalencji

Podstawową funkcją dystrybucji selektywnej jest możliwość sprawowania przez dostawcę (producenta) kontroli nad warunkami dalszej odsprzedaży towarów objętych systemem dystrybucji. Okoliczność ta sprawia, że opisywany model stanowi szczególnie atrakcyjną formę działalności w przypadku producentów dóbr takich jak towary luksusowe, markowe lub zaawansowane technicznie. Organizator systemu dystrybucji może nakładać na dystrybutorów szereg ograniczeń, w celu zapewnienia, aby dalsza sprzedaż odbywała się w sposób odpowiadający jego założeniom (na przykład dotyczącym zachowania prestiżowego wizerunku marki). W poprzednim rozdziale zaprezentowane zostały przykładowe wymogi nakładane na uczestników sieci dystrybucji odnoszące się między innymi do kwalifikacji personelu, wyglądu punktu sprzedaży czy sposobu prezentacji produktów.

W analogiczny sposób możliwe jest sprawowanie kontroli przez producenta nad sprzedażą internetową.

W celu dokonania oceny dopuszczalności danego ograniczenia odnoszącego się do handlu *online* Komisja posługuje się tak zwaną zasadą ekwiwalencji. Ponieważ możliwość posługiwania się internetem w celu dotarcia do jak największej liczby potencjalnych klientów ma kluczowe znaczenie i jej pozbawienie należy traktować jako najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, kryteria nakładane na sprzedaż przez internet muszą być ogólnie równoważne (*podkr. autora*) z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym³³². Co istotne, zasada ta nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w tekście rozporządzenia nr 330/2010. Jest to swoistego rodzaju dyrektywa interpretacyjna sformułowana przez Komisję w wytycznych, które są aktem tak zwanego „prawa miękkiego”. Jak zostanie jednak pokazane, test równoważności stosowany jest także przez organy ochrony konkurencji poszczególnych państw członkowskich.

Biorąc pod uwagę nieostrość przytoczonego powyżej sformułowania, interpretacja zasady ekwiwalencji rodzi wiele wątpliwości w indywidualnych przypadkach. Celem wyjaśnienia Komisja wskazuje, że „równoważność” nie oznacza identyczności. Ograniczenia nakładane na sprzedaż internetową powinny natomiast odpowiadać tym samym celom i zapewniać porównywalne wyniki, jak te nakładane na działalność fizycznych lokali handlowych. Jednocześnie pod uwagę należy brać różnice istniejące między tymi formami dystrybucji.

Dla zobrazowania jak zasada ekwiwalencji stosowana jest w praktyce Komisja podaje następujący przykład. W odniesieniu do sklepów stacjonarnych dostawca wprowadza obowiązek natychmiastowego dostarczania produktów objętych porozumieniem. W przypadku sklepu internetowego jest to niemożliwe. Równoważnym ograniczeniem będzie zatem obowiązek zapewnienia dostaw w rozsądnym terminie³³³. Analogicznie, skoro możliwe jest określanie sposobu prezentacji danego towaru w fizycznym punkcie sprzedaży, tak ekwiwalentnym środkiem w odniesieniu do sprzedaży *online* będzie obowiązek utrzymywania odpowiedniej szaty graficznej strony internetowej. Charakteru takiego nie będzie miało natomiast zobowiązanie sprzedawców internetowych do rozpatrywania reklamacji w innym terminie niż przewidziany dla sklepów stacjonarnych, ponieważ nie ma to obiektywnego uzasadnienia³³⁴.

Problemy związane ze stosowaniem testu ekwiwalencji mogą się pojawić w odniesieniu do ograniczeń nakładanych na sprzedaż *online*, które z racji swojej natury nie znajdują odpowiednika w „świecie rzeczywistym”. Przykładowo w sprawie Asics, Bundeskartellamt wskazał, że nie da się na gruncie opisywanej zasady ocenić zakazu korzystania przez autoryzowanych dystrybutorów z tak zwanych porównywarek cen³³⁵. Nie oznacza to jednak, że w takim wypadku wszelkie ograniczenia będą dozwolone. Konsekwencją istnienia zasady ekwiwalencji jest konieczność obiektywnego uzasadnienia wszelkich ograniczeń nakładanych na

332 Wytyczne wertykalne, pkt 56.

333 Tamże.

334 Przykład za A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, IKAR 3/2013, s. 30.

335 Decyzja Bundeskartellamt z dnia 26 sierpnia 2015 r. w sprawie B2-98/11 – Asics, pkt 414-415.

sprzedaż internetową. W razie braku takiego uzasadnienia, należy przyjąć, że doszło do niedozwolonego ograniczenia konkurencji³³⁶.

Zdaniem A. Boleckiego zasada ekwiwalencji ma charakter jednostronny, co oznacza, że niedozwolona jest dyskryminacja tylko sprzedaży internetowej. Jednocześnie ze stanowiska Komisji wyrażonego w wytycznych wynika, że sprzedaż *online* może być faworyzowana względem tradycyjnych form dystrybucji³³⁷. Innego zdania jest natomiast K. Kohutek, według którego zasada ekwiwalencji ma charakter dwustronny. Autor ten odnosi się do opisywanej koncepcji w sposób krytyczny, wskazując, że stosowanie testu równoważności stanowić będzie niepotrzebne utrudnienie dla przedsiębiorców organizujących systemy dystrybucji selektywnej³³⁸.

Rzeczywiście w ostatnich latach dało się zaobserwować tendencję zarówno Komisji, jak i organów do spraw konkurencji poszczególnych państw członkowskich do traktowania nowoczesnych form dystrybucji w uprzywilejowany sposób. Uzasadnieniem dla takiego podejścia mogą być względy polityczne. Jednym z najważniejszych elementów strategii jednolitego rynku cyfrowego jest bowiem poprawa dostępu konsumentów i przedsiębiorców do towarów sprzedawanych przez internet. Istotny wpływ na praktykę mogło mieć także orzeczenie w sprawie *Pierre Fabre*, w którym Trybunał w zdecydowany sposób sprzeciwił się ograniczaniu dystrybutorów w dostępie do sprzedaży internetowej³³⁹. Dodatkowo za opisywanym podejściem przemawiać mogą również względy odnoszące się nie tylko do swobody konkurencji, lecz także do swobody przepływu towarów na rynku wewnętrznym³⁴⁰.

Dla udowodnienia powyższego można wskazać następujące przykłady z praktyki. W szeregu decyzji wydanych w latach 2011-2013³⁴¹ Bundeskartellamt krytycznie odniósł się do zjawiska polegającego na nakładaniu niższych cen zakupu na produkty przeznaczone do sprzedaży stacjonarnej (ang. *dual pricing*). W odniesieniu do opisanych przykładów L. Vogel stwierdził, że Bundeskartellamt jest „uprzedzony” do tradycyjnych form dystrybucji i przyjmuje pozycję regulatora rynku, a nie „strażnika” niezakłóconej konkurencji³⁴². Również z wytycznych Komisji zdaje się wynikać, że zakaz różnicowania cen działa wyłącznie w jedną stronę³⁴³. Innymi słowy, pobieranie przez producentów wyższych cen za towary przeznaczone do

336 Tamże, pkt 360.

337 A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży...*, s. 30, zob. także L. Vogel, J. Vogel, *Survey on Vertical...*, s. 6-7.

338 K. Kohutek, *Internetowa dystrybucja towarów prawie w konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, PPH 11/2011, s. 40.

339 Zob. w szczególności wyrok Landgericht Frankfurt am Main z dnia 18 czerwca 2014 r. w sprawie Az. 2-03 O 158/13, pkt 48, w którym sąd uznał, że orzeczenie w sprawie *Pierre Fabre* doprowadziło do „uchylenia” postanowień wytycznych wertykalnych (pkt 54), w których za dopuszczalne uznano ograniczenia odnoszące się do korzystania z platform trzecich.

340 W uzasadnieniu orzeczenia *Pierre Fabre*, Trybunał odwołuje się wprost do orzeczeń, które dotyczą swobody przepływu towarów, por. pkt 44 tego wyroku.

341 Zob. na przykład komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 13 grudnia 2011 r., Bundeskartellamt stellt sicher: Hochwertige Sanitärarmaturen im Internet erhältlich, Sprawa B5-100/10 – Dornbracht, s. 3, Zob. szerzej, Bundeskartellamt, *Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie*, 2013, s. 19-27.

342 L. Vogel, *The Recent Application of EU and National Competition Law to Distribution Agreements*, JECLAP, vol. 7 (2016), No. 9, s. 636-638.

343 Wytyczne wertykalne pkt 52 d brzmi: (...) *uzgodnienie, że dystrybutor płaci wyższą cenę za produkty przeznaczone do odsprzedaży przez dystrybutora w Internecie niż za produkty przeznaczone do sprzedaży poza Internetem*. Brak wskazania, że także „i odwrotnie” może sugerować jednostronny charakter zakazu.

sprzedaży stacjonarnej niż na te, które mają być sprzedawane *online* może być uzasadnione wyższymi kosztami dystrybucji internetowej, ale nie odwrotnie³⁴⁴.

Nie można jednakże wykluczyć zmiany podejścia do testu ekwiwalencji prezentowanego przez krajowe organy do spraw ochrony konkurencji po wydaniu przez Trybunał orzeczenia w sprawie *Coty Germany*. Jak sygnalizowano już wcześniej wyrok ten stanowi „sprostowanie” a zarazem złagodzenie stanowiska przedstawionego w sprawie *Pierre Fabre*. Jakkolwiek sprawa ta dotyczyła zakazu korzystania z platform internetowych, to liberalne podejście Trybunału do tej kwestii może dawać asumpt do złagodzenia postawy także wobec innych przypadków ograniczania sprzedaży internetowej w ramach systemu dystrybucji selektywnej.

Przechodząc do oceny koncepcji równoważności ograniczeń nakładanych na sprzedaż stacjonarną i internetową, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej wątpliwości związane z jej stosowaniem, uważam, że zasada ekwiwalencji jest rozwiązaniem jedynie prowizorycznym. Opiera się ona bowiem na paradoksalnym założeniu, które wymaga posługiwania się identycznymi kryteriami oceny w stosunku do dwóch diametralnie różnych płaszczyzn działalności gospodarczej. Co więcej, na gruncie zasady ekwiwalencji sprzedaż *online* bezzasadnie traktowana jest jako jedynie uzupełniający kanał dystrybucji w stosunku do tradycyjnych form sprzedaży. Takie podejście należy ocenić krytycznie jako zbyt anachroniczne. Istnieją bowiem towary, których obrót możliwy jest wyłącznie na rynku wirtualnym i choćby z tego względu należy postrzegać handel elektroniczny jako odrębny kanał dystrybucji³⁴⁵.

Jednocześnie zdaję sobie sprawę z tego, że zasada ekwiwalencji stanowi optymalne rozwiązanie wobec braku jakichkolwiek szczegółowych regulacji odnoszących się do *e-commerce* na gruncie rozporządzenia nr 330/2010. Należy przypomnieć, że rozporządzenia wyłączające mają charakter okresowy, zaś obecnie obowiązujące wygasa w roku 2022. W związku z powyższym postuluję rozważenie zamieszczenia w nowej regulacji przepisów odnoszących się wprost do sprzedaży internetowej, a nawet dokonanie wcześniejszej rewizji rozporządzenia nr 330/2010³⁴⁶. Jest to bardzo istotne również z uwagi na bezpieczeństwo obrotu prawnego, ponieważ zasada ekwiwalencji ma podstawę normatywną jedynie w akcie typu *soft-law* i jej stosowanie opiera się na dobrowolnej akceptacji tej koncepcji przez organy właściwe do spraw konkurencji.

4.2. Ocena legalności ograniczeń nakładanych na sprzedaż internetową

Poniżej przeanalizowane zostaną wybrane przykłady obowiązków uczestników systemów dystrybucji selektywnej odnoszące się do różnych aspektów sprzedaży internetowej. W ramach danej kategorii przedstawiane będą zarówno przypadki ograniczeń dozwolonych, a także takie, które nie są uznawane za dopuszczalne

344 L. Vogel, *EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012*, JECLAP, vol. 3 (2012), No. 3, s. 277.

345 Zob. A. Themelis, *After „Pierre Fabre”: the future of online distribution under competition policy*, International Journal of Law and Information Technology, vol. 20 (2012), No. 4, s. 353, 364.

346 Komisja zdaje się jednak wykluczać taką możliwość, zob. Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego z dnia 10.05.2017 r., COM (2017) 229 final, pkt 74.

na gruncie dystrybucji selektywnej. Przyjęty podział na kategorie ma charakter jedynie pomocniczy i służy uporządkowaniu toku wywodu.

4.2.1. Ograniczenia w korzystaniu z internetu jako kanału dystrybucji

W pierwszej kolejności należy dokonać analizy sytuacji, w których lider systemu dystrybucji zabrania dystrybutorom korzystania z internetu w ogóle w celu sprzedaży towarów objętych systemem. Praktyki tego typu mogą być w interesie producentów różnego rodzaju produktów. Jako przykład można podać perfumy, w przypadku których istnienie sprzedaży internetowej niesie za sobą duże ryzyko wystąpienia tak zwanego efektu gapowicza.

Niemniej Komisja już od momentu pojawienia się fenomenu handlu internetowego, konsekwentnie stoi na stanowisku, że *każdy dystrybutor ma prawo wykorzystywać internet w celu sprzedaży produktów*³⁴⁷. W roku 2003 nałożona została kara w wysokości około 2.5 miliona euro na przedsiębiorstwo Yamaha, które w umowach ze swoimi dystrybutorami zobowiązało ich do kontaktowania się z europejską centralą spółki przed realizacją zamówień internetowych. Opisywane zachowanie, zdaniem Komisji, miało na celu zniechęcenie dystrybutorów do korzystania z tej formy sprzedaży³⁴⁸. Jednocześnie na początku XXI wieku dało się zaobserwować także inne podejście. Na przykład Federalny Trybunał Sprawiedliwości (Bundesgerichtshof) w orzeczeniu z 2003 roku, odnosząc się do zjawiska handlu internetowego, przyjął założenie, że przypomina on sprzedaż wysyłkową. Ponieważ korzystanie z tego kanału dystrybucji mogło podlegać ograniczeniu, toteż analogicznie należało postąpić w przypadku sprzedaży przez internet³⁴⁹. Z biegiem czasu, przeważało jednak stanowisko, zgodnie z którym całkowite ograniczenie możliwości wykorzystywania internetu do sprzedaży produktów objętych systemem dystrybucji selektywnej jest co do zasady niedopuszczalne. W orzeczeniu z 2011 roku w sprawie *Pierre Fabre*, Trybunał uznał, że zakaz angażowania się przez dystrybutorów w sprzedaż internetową może stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel³⁵⁰.

W ramach analizy opisywanego ograniczenia na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, powstaje wątpliwość, czy – i jeśli tak to kiedy – zakaz wykorzystywania internetu w celu dokonywania sprzedaży będzie obiektywnie uzasadniony. Następnie trzeba zbadać, czy stanowi on środek proporcjonalny do celów, dla których został ustanowiony. Oczywiście do analizy powyższych okoliczności można przystąpić dopiero w razie stwierdzenia, że właściwości produktu uzasadniają wprowadzenie systemu dystrybucji selektywnej, zaś kryteria wyboru dystrybutorów mają charakter jakościowy i obiektywny oraz stosowane są w sposób niedyskryminacyjny wobec wszystkich uczestników sieci dystrybucji. Kwestie te były omawiane już w poprzednim rozdziale i na potrzeby prowadzonych tutaj analiz przyjmuję założenie, że wskazane kryteria są spełnione.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem rzecznika generalnego J. Mazak, który uznał, że w pewnych okolicznościach prywatne środki dobrowolne ograniczające sprzedaż towarów lub usług przez Internet mogą być obiektywnie uzasadnione, ze względu

347 Wytyczne wertykalne, pkt 52.

348 Decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO/Yamaha, pkt 102-109.

349 Zob. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 4 listopada 2003 r. w sprawie KZR 2/02 (Depotkosmetik im Internet), pkt 20-24.

350 Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 47.

na charakter tych towarów lub usług albo ze względu na konsumentów, którym są sprzedawane³⁵¹. Będzie tak w szczególności w sytuacjach, gdy celem ustanowienia zakazu będzie potrzeba dostosowania się do obowiązków ustawowych (np. dotyczących obrotu substancjami niebezpiecznymi). Uzasadnienie musi mieć zatem charakter zewnętrzny względem przedsiębiorstwa, które się na nie powołuje.

Biorąc pod uwagę powyższe, argumenty przedsiębiorstwa Pierre Fabre Dermo-Cosmetique (PFDC) prezentowane w trakcie postępowania przed Trybunałem nie mogły zostać zaakceptowane. Spółka ta wymagała od swoich dystrybutorów zapewnienia stałej obecności w punkcie sprzedaży osoby posiadającej dyplom farmaceuty. Postanowienie to prowadziło zatem do wykluczenia możliwości dokonywania sprzedaży przez internet. Zgodnie z wyjaśnieniami PFDC, celem takiej praktyki było zapewnienie konsumentom fachowej konsultacji przy dokonywaniu zakupów. W świetle przywołanego uzasadnienia nie można uznać ograniczeń ustanowionych przez Pierre Fabre za spełniające kryterium proporcjonalności. Produkty objęte systemem dystrybucji selektywnej w opisywanej sprawie nie były lekami, tylko kosmetykami. Wobec tego nie odnoszą się do nich przepisy prawne ograniczające miejsca sprzedaży takich towarów³⁵².

W podobnym duchu wypowiedział się brytyjski organ do spraw konkurencji (CMA) w sprawie Ping Europe Ltd. Producent kijów golfowych – przedsiębiorstwo Ping nałożyło na swoich dystrybutorów zakaz dokonywania sprzedaży za pośrednictwem internetu. Uzasadnieniem dla takiej praktyki była potrzeba promocji usług przedsprzedażowych polegających na pomocy w doborze odpowiedniego modelu kija golfowego. Dokonanie „przymiarki” nie jest zaś możliwe w ramach sprzedaży internetowej. CMA stanęło na stanowisku, że opisywane ograniczenie nie spełniało przesłanki proporcjonalności. Istnieją bowiem mniej dotkliwe zarówno dla konsumentów, jak i dla dystrybutorów sposoby promowania tego typu usług przedsprzedażowych, na przykład poprzez umieszczenie odpowiednich reklam na stronach internetowych³⁵³.

Zdaniem L. Vogel, zawężanie możliwości wprowadzenia całkowitego zakazu sprzedaży internetowej przez dystrybutorów wyłącznie do przypadków spełniających kryterium proporcjonalności nie odpowiada celom prawa konkurencji. W ocenie tego autora, powinno się brać pod uwagę także sytuację rynkową, szczególnie, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału jest to konieczne dla stwierdzenia, że istnieje ograniczenie konkurencji ze względu na cel³⁵⁴. Wprowadzenie omawianego wymogu tylko przez jednego producenta, o stosunkowo niewielkiej sile rynkowej, w sytuacji, gdy wszyscy jego konkurenci dopuszczają sprzedaż internetową, zaś na rynku funkcjonuje silna konkurencja „międzymarkowa”, najprawdopodobniej w żaden sposób nie wpłynie na sytuację na rynku³⁵⁵.

351 Opinia rzecznika generalnego J. Mazaka przedstawiona w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 35.

352 Zob. wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 43-47.

353 Decyzja Competition & Markets Authority z dnia 24 sierpnia 2017 r. w sprawie 50230 – Ping Europe Ltd., pkt 4.93-4.156; zob. także Decyzja Autorité de la concurrence n° 12-D-23 z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie Bang & Olufsen; Decyzja Office of Fair Trading (poprzednik CMA) z dnia 5 sierpnia 2013 r. w sprawie CE/9578-12 – Roma Medical Aids Ltd.

354 Zob. uwagi zaprezentowane w rozdziale 2.

355 L. Vogel, *EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements...*, s. 273-274.

Francuski sąd, który rozpatrywał sprawę *Pierre Fabre* po zakończeniu postępowania prejudycjalnego przed Trybunałem, odniósł się do wskazanych wyżej okoliczności. Skład orzekający zwrócił uwagę, że PFDC zajmuje pozycję lidera na rynku właściwym i jego działania mogą wywołać wątpliwości dystrybutorów co do zasadności angażowania się w sprzedaż internetową, nawet w sytuacji, gdy jego konkurenci są gotowi wykorzystywać ten kanał dystrybucji³⁵⁶.

W świetle powyższego jestem zdania, że w ramach oceny klauzuli zakazującej korzystania przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej z internetu w celu prowadzenia sprzedaży, należy badać nie tylko istnienie obiektywnego uzasadnienia takiej praktyki, lecz powinno się także dokonać analizy kontekstu prawnego i gospodarczego porozumienia.

W ramach oceny opisywanego zagadnienia na gruncie rozporządzenia nr 330/2010 rozważenia wymaga kwestia, czy całkowity zakaz sprzedaży internetowej w ramach systemu dystrybucji selektywnej można traktować jako jedną z klauzul czarnych wymienionych w art. 4 rozporządzenia. Na marginesie należy przypomnieć, że z przywileju wyłączenia grupowego nie korzystają porozumienia, których strony posiadają udział w rynku przekraczający próg określony w art. 3 rozporządzenia.

Zgodnie z brzmieniem art. 4 lit. c rozporządzenia, ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych, prowadzi do utraty przywileju wyłączenia grupowego. Wykorzystywanie strony internetowej do dystrybucji towarów należy zgodnie ze stanowiskiem Komisji potraktować jako formę sprzedaży pasywnej³⁵⁷. W związku z powyższym, bezwzględny zakaz sprzedaży przez internet stanowi ograniczenie zarówno sprzedaży biernej, jak i aktywnej³⁵⁸.

Przywołany przepis rozporządzenia zawiera jednak wyjątek. *Zabronienie dystrybutorom prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych* nie może być uznane za ograniczenie możliwości sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych, o którym mowa w art. 4 lit. c. W postępowaniu przed Trybunałem przedsiębiorstwo *Pierre Fabre* powoływało się właśnie na tę okoliczność, twierdząc, że handel *online* powinien zostać potraktowany jako sprzedaż z innego niż autoryzowane w ramach porozumienia z dystrybutorem miejsca działalności. Wskazywano także, że przepisy rozporządzenia nie odnoszą się wprost do sprzedaży przez internet, toteż producent ma prawo sprzeciwić się działalności poza autoryzowanym przez niego miejscem, niezależnie od tego, czy chodzi o fizyczny czy wirtualny punkt sprzedaży. Innymi słowy PFDC dokonało wykładni rozszerzającej wyjątku sformułowanego w art. 4 lit. c rozporządzenia.

Argumentacja ta nie została przyjęta przez skład orzekający w analizowanej sprawie. Podkreślenia wymaga niezwykle trafne i rozciągające się poza granice rozpoznawanej sprawy uzasadnienie stanowiska Trybunału. Wskazano bowiem, że brak jest podstaw do dokonywania rozszerzającej interpretacji przepisów przyznających przywilej wyłączenia grupowego. Jest to niedopuszczalne z tego względu, że w każdym wypadku utraty tego przywileju zainteresowane

356 Wyrok Cour D'appell de Paris z dnia 31 stycznia 2013 r. w sprawie 2008/23812.

357 Wytoczne wertykalne, pkt 52.

358 Opinia rzecznika generalnego J. Mazaka przedstawiona w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 59.

przedsiębiorstwo może skorzystać z wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE³⁵⁹.

Uzupełniając warto odnieść się również do wykładni celowościowej. Istnienie opisywanego wyjątku ma na celu ochronę uprawnień kontrolnych lidera sieci dystrybucji. W razie jego braku, producent nie mógłby sprzeciwić się otwarciu przez dystrybutora kolejnego punktu sprzedaży, ponieważ stanowiłoby to ograniczenie możliwości sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych – w tym wypadku klientów znajdujących się w zasięgu nowego sklepu. W rezultacie istniałaby luka, pozwalająca uczestnikom systemu dystrybucji na zakładanie nowych punktów sprzedaży z pominięciem wymogu ich autoryzacji przez producenta dóbr. Sytuacja ta doprowadziłaby do tego, że w wielu przypadkach model dystrybucji selektywnej nie byłby atrakcyjny dla przedsiębiorców organizujących takie systemy.

Biorąc powyższe pod uwagę, tym bardziej należy stwierdzić, że internet w żadnym wypadku nie jest „miejscem” sprzedaży w rozumieniu art. 4 lit. c rozporządzenia. W tym kontekście należy potraktować go raczej jako „sposób” lub „metodę” sprzedaży i komunikacji z klientem³⁶⁰. W mojej ocenie zaprezentowane stanowisko wynika wprost z wykładni literalnej. Nie mniej ze względu na specyfikę prawa Unii Europejskiej, szczególnie ważne jest znalezienie poparcia dla wyników interpretacji językowej na gruncie innych rodzajów wykładni.

W świetle tego co zostało wyżej przedstawione, uzyskanie wyłączenia indywidualnego na gruncie art. 101 ust. 3 TFUE przez producenta, który nałożył na autoryzowanych dystrybutorów ogólny i bezwarunkowy zakaz korzystania z internetu w celu sprzedaży towarów jest mało prawdopodobne, choć teoretycznie możliwe³⁶¹. Odnosząc się do przywoływanych w ramach tej części przykładów, przesłanka pierwsza art. 101 ust. 3 TFUE (poprawa jakości dystrybucji) zostałaby najprawdopodobniej spełniona³⁶². Niemniej badana w następnej kolejności przesłanka trzecia wymaga, aby nakładane na przedsiębiorstwa ograniczenia były niezbędne dla osiągnięcia celów prokonkurencyjnych. Ze względu na poziom dolegliwości związany z opisywanym zakazem korzystania z internetu, wątpliwe jest czy w jakiegokolwiek sytuacji ograniczenie to może zostać uznane za spełniające opisywaną przesłankę.

Znacznie bardziej kontrowersyjnym zagadnieniem jest dopuszczalność wprowadzenia przez lidera systemu dystrybucji zakazów i ograniczeń sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych. W tym wypadku nie dochodzi bowiem do całkowitego pozbawienia dystrybutorów możliwości korzystania ze sprzedaży *online*, tak jak miało to miejsce w sytuacjach opisywanych powyżej, a „jedynie” do ograniczenia dostępu do jednego z kanałów sprzedaży internetowej.

Platformy internetowe są współcześnie niezwykle istotnym elementem sektora *e-commerce* w Europie. Z punktu widzenia konsumentów, działalność platform może przynosić wiele korzyści. Dzięki szerokiemu asortymentowi produktów sprzedawanych za pośrednictwem tych serwisów kupujący są dobrze poinformowani o ofercie w danym segmencie, bez potrzeby przeprowadzania czasochłonnych

359 Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 56-57.

360 Opinia rzecznika generalnego J. Mazaka przedstawiona w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 61.

361 Potwierdził to Trybunał w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 49.

362 W odniesieniu do sprawy *Pierre Fabre*, zob. powoływany wcześniej wyrok Cour D'appell de Paris z dnia 31 stycznia 2013 r., s. 17.

poszukiwań na wielu stronach internetowych. Jednocześnie wyświetlanie w jednym „miejscu” towarów większości lub wszystkich producentów przyczynia się do zwiększenia konkurencji cenowej. Niemniej liderzy sieci dystrybucji selektywnej mają w wielu przypadkach uzasadniony interes w tym, aby pozbawić dystrybutorów możliwości korzystania z tej formy działalności.

W praktyce zakaz sprzedaży za pośrednictwem platform może przybierać postać zakazu *per se* albo zakazu *de facto*, w sytuacji gdy na dystrybucję *online* nałożone zostaną takie ograniczenia, których spełnienie przez platformy będzie w praktyce niemożliwe³⁶³. Jako przykład wskazuje się na obowiązek zawarcia nazwy przedsiębiorstwa producenta w adresie strony internetowej sklepu *online*. Wymogi tego typu należy oceniać w taki sam sposób jak zakaz wyrażony wprost.

Przechodząc do analizy opisywanej problematyki na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, należy wskazać, że podobnie jak w przypadku całkowitego zakazu sprzedaży internetowej węzłowym zagadnieniem będzie ocena proporcjonalności zakazu korzystania z platform w ramach systemu dystrybucji selektywnej³⁶⁴.

W pierwszej kolejności rozpatrzenia wymagają cele, dla których producenci decydują się na wprowadzenie opisywanego zakazu. Następnie należy sprawdzić, czy jest to rozwiązanie konieczne dla osiągnięcia tych celów i czy istnieją środki mniej dotkliwe. W przypadku artykułów luksusowych wskazuje się na potrzebę należytej ochrony „wizerunku” tych towarów. Ich producenci podnoszą, że platformy internetowe nie spełniają odpowiednich standardów dotyczących prezentacji produktów. Przykładowo, zamieszczane tam zdjęcia są słabej jakości, opisy towarów nie są profesjonalne, zaś artykuły z nowych kolekcji wyświetlane są obok starszych egzemplarzy³⁶⁵. Wskazywano, że platformy internetowe stanowią wirtualne odpowiedniki bazarów lub „pchlich targów”³⁶⁶ i tym samym produkty luksusowe nie powinny być za ich pośrednictwem sprzedawane³⁶⁷. Charakterystycznym elementem strategii marketingowej producentów dóbr luksusowych jest konieczność sygnalizowania wysokiej jakości swoich wyrobów, nie poprzez przekonywanie klientów o ich szczególnych właściwościach, lecz raczej za pomocą wytworzenia swoistej „aury ekskluzywności”. To zaś dokonuje się właśnie w drodze odpowiedniej prezentacji towaru, pozwalającej odróżnić go od wyrobów masowych.

Do powyższych okoliczności odniósł się Trybunał m.in. w sprawie *Coty Germany*. Przyjęto, że sprzedaż *online* za pomocą platform produktów luksusowych stwarza ryzyko pogorszenia prezentacji owych towarów w Internecie, co może negatywnie wpłynąć na ich luksusowy wizerunek³⁶⁸. W kontekście proporcjonalności zakazu

363 A. Ezrachi, *The Ripple Effects...*, s. 55.

364 Tak samo jak poprzednio, opieram się na założeniu, że pozostałe kryteria Metro są spełnione. W tym kontekście należy wskazać, że nie jest dopuszczalne wprowadzanie zakazu korzystania z platform, kiedy jednocześnie prowadzona jest sprzedaż za pośrednictwem tzw. outletów. Zob. wyrok Kammergericht Berlin z dnia 29 września 2013 r. w sprawie 2 U 8/09.

365 A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży...*, s. 31-32.

366 Zob. m.in. wyrok Oberlandesgericht Schleswig-Holstein z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie 16 U 154/13, pkt 56-61.

367 Zob. C. Caffara, K. Kuhn, *Selective Distribution of Luxury Goods in the Age of E-commerce, An Economic Report for Chanel*, stanowiący w dużej mierze polemikę ze stanowiskiem operatora platformy zakupowej eBay, dostępne na stronie http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_online_commerce/chanel_report.pdf, data dostępu 15.05.2018 r.

368 Wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 49-50.

korzystania przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej Trybunał odniósł się do danych statystycznych pochodzących z badania sektorowego Komisji, wskazując, że podstawowym kanałem dystrybucji pozostają sklepy internetowe należące do dystrybutorów, zaś sprzedaż za pośrednictwem platform stanowi zjawisko marginalne³⁶⁹.

W mojej ocenie przytoczona argumentacja jest zbyt ogólnikowa i tym samym niewystarczająca dla wystarczająco pełnego uzasadnienia ogólnego zakazu korzystania z platform internetowych. Na rynku funkcjonuje wiele portali tego typu, zaś każdy z nich przyjmuje odrębne standardy dotyczące sposobu wyświetlania treści³⁷⁰. Istnieją bowiem serwisy aukcyjne, strony poświęcone produktom danej kategorii³⁷¹, czy wręcz przeznaczone specjalnie do sprzedaży towarów luksusowych³⁷². Trudno zatem w jednolity dla wszystkich platform internetowych sposób ocenić ryzyko pogorszenia prezentacji towarów w internecie³⁷³. Innymi słowy, istnienie orzecznictwa traktującego *eBay* jako wirtualny „pchli targ”³⁷⁴ nie powinno w praktyce stanowić argumentu dla odniesienia się w taki sam sposób do działalności innego podmiotu.

Biorąc pod uwagę powyższe uważam, że ogólny zakaz korzystania z platform internetowych przez dystrybutorów w systemie dystrybucji selektywnej motywowany potrzebą zachowania wymogów dotyczących prezentacji produktów wykracza poza to co konieczne. Środkiem proporcjonalnym w tym kontekście będzie natomiast określenie pewnych standardów jakościowych, które muszą spełniać platformy, aby możliwe było korzystanie z ich usług przez dystrybutorów. Jednocześnie należy zgodzić się z W. Moritz, że wyrażony wprost zakaz korzystania przez dystrybutorów z określonego portalu będzie uzasadniony wtedy, gdy już sama „istota” tego portalu³⁷⁵ mogłaby w negatywny sposób oddziaływać na produkt objęty systemem dystrybucji selektywnej³⁷⁶.

Na marginesie należy wskazać, że do analogicznej argumentacji jak zaprezentowana powyżej mogą odnieść się producenci towarów markowych lub zaawansowanych technicznie³⁷⁷. Kreowanie pozytywnego wizerunku marki jest bowiem także istotne w przypadku produktów, których wybór opiera się w przeważającej mierze na właściwościach fizycznych towaru. Jako przykład podać można buty do biegania. Bez

369 Tamże, pkt 54.

370 W tym kontekście zob. uwagi Amazon EU Sàrl przedstawione w ramach badania sektora handlu elektronicznego przeprowadzanego przez Komisję, w szczególności załącznik nr 2, w którym dokonane jest porównanie wyglądu sklepów internetowych poszczególnych producentów markowych i luksusowych towarów oraz sposób prezentacji tych samych towarów na platformie Amazon Marketplace. Dokument dostępny na stronie http://ec.europa.eu/competition/antitrust/e_commerce_files/amazon_eu_en.pdf, data dostępu 15.05.2018.

371 Na przykład platforma Zalando, na której sprzedawana jest odzież i obuwie.

372 Na przykład portale 24 Sèvres oraz Tmall's Luxury Pavilion.

373 Zob. L. Kumkar, *Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im Internetvertrieb von Luxuswaren*, ZWeR, 1/2018, s. 131.

374 Zob. w szczególności wyrok Landgericht München z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie 33 O 22144/07.

375 Na przykład w przypadku platformy, za pośrednictwem której sprzedawane są wyłącznie towary używane.

376 W. Moritz, *Das Verbot von Drittplattformen im Selektivvertrieb – Ergänzung zu Rohrßen*, ZVertriebsR 1/2017, s. 28.

377 Pomijam tu kwestię dopuszczalności organizowania dystrybucji selektywnej przez producentów towarów markowych na gruncie kryteriów Metro. W tym kontekście zob. uwagi zawarte w poprzednim rozdziale.

wątpienia nabywcy dóbr tego typu koncentrują się przy dokonywaniu zakupów na cechach jakościowych (dobór materiałów, sposób wykonania). Jednocześnie, biorąc pod uwagę stosunkowo wysoki poziom konkurencji na tym rynku, z czym wiąże się także bardzo szeroki wybór towarów, niezwykle istotne są dodatkowe sposoby przyciągania klientów, na przykład odpowiednia prezentacja asortymentu danego producenta. W odniesieniu do produktów złożonych technicznie ważnym elementem ich dystrybucji jest zapewnienie wyczerpującej informacji w celu umożliwienia klientowi zakupu urządzenia odpowiadającego jego wymaganiom i ewentualnie kompatybilnego z innymi urządzeniami już przez niego posiadanymi.

W sprawie *Coty Germany* badane były jeszcze dwie okoliczności uzasadniające zakazanie dystrybutorom korzystania z platform internetowych. Wymagają one szerszego omówienia i komentarza. Po pierwsze, lider systemu dystrybucji selektywnej wskazywał na potrzebę zagwarantowania, że w ramach sprzedaży internetowej towarów objętych systemem, producent będzie związany wyłącznie z autoryzowanymi dystrybutorami, a nie z podmiotem zewnętrznym – operatorem platformy³⁷⁸. Argument ten odwołuje się zatem do konstrukcyjnej cechy systemu dystrybucji selektywnej, to jest okoliczności, że stanowi on pewną zamkniętą sieć podmiotów upoważnionych do prowadzenia sprzedaży określonych towarów.

W sytuacji, gdy dystrybutor decyduje się na nawiązanie współpracy z podmiotem prowadzącym platformę internetową, w proces sprzedaży włączone zostaje przedsiębiorstwo trzecie³⁷⁹. Co ważne, podmiot ten w obrocie posługuje się własnymi oznaczeniami (nazwa, logo, domena), a jednocześnie nie ma prawa określać się mianem „autoryzowanego dystrybutora marki X”. W rezultacie może dojść do błędnej identyfikacji pochodzenia towarów objętych systemem dystrybucji, co bezpośrednio wpłynie na wizerunek marki³⁸⁰. W podobnym duchu wypowiedział się sąd niemiecki, który wskazał, że w postrzeganiu kupującego dokonuje on zakupów „na Amazonie” nawet wtedy, gdy faktyczną stroną transakcji jest inny przedsiębiorca, który po prostu prowadzi swoją działalność za pośrednictwem tej platformy³⁸¹.

W odniesieniu do powyższego W. Moritz powołuje się także na zasadę ekwiwalencji. Autor ten prezentuje analogiczną sytuację w odniesieniu do stacjonarnego punktu sprzedaży. Dystrybutor, chcąc zwiększyć swoje obroty, nawiązuje współpracę z przedsiębiorcą prowadzącym sklep w popularnej galerii handlowej w innym punkcie miasta (odpowiednik platformy internetowej). Sprzedaż towarów dystrybutora miałyby odbywać się na rachunek „pośrednika”, zaś zyski (po odjęciu stosownej opłaty) przekazywane byłyby dystrybutorowi. W takim wypadku klient dokonujący zakupów u „pośrednika” pozostawałby w błędnym przekonaniu co do pochodzenia jego towarów. Nie ma wątpliwości, że lider sieci dystrybucji jest uprawniony do zabronienia dystrybutorom tego typu praktyk. W taki sam sposób należy zatem, zdaniem W. Moritz, postępować w przypadku korzystania z usług „pośredników online” – platform internetowych³⁸².

378 Wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 44.

379 Opinia rzecznika generalnego N. Wahl w sprawie *Coty Germany*, pkt 102.

380 L. Kumkar, *Zur Zulässigkeit pauschaler...*, s. 128.

381 Wyrok Oberlandesgericht Frankfurt, z dnia 22 grudnia 2015 r. w sprawie 11 U 84/14, pkt 44.

382 W. Moritz, *Verbot von Drittplattformen...*, s. 29.

Trybunał zaakceptował przytoczoną wyżej argumentację, odwołując się w lakoniczny sposób do jednego z podstawowych celów korzystania przez producentów dóbr z dystrybucji selektywnej, jakim jest chęć stworzenia zamkniętej sieci sprzedawców³⁸³.

W świetle powyższego uzasadnione są wątpliwości, czy argument ten rzeczywiście uzasadnia całkowity zakaz korzystania przez dystrybutorów z platform internetowych. Ponownie wskazać należy na różnorodność rozwiązań przyjmowanych przez podmioty prowadzące portale tego typu. Ponadto, jak słusznie wskazuje L. Kumkar, prezentowana wyżej argumentacja odnosząca się do błędnego przeświadczenia kupujących o podmiocie, z którym zawierają umowę, odbiega od wypracowanego w orzecznictwie wzorca przeciętnego konsumenta, który jest osobą należycie poinformowaną, uważną i racjonalną³⁸⁴. Zgadzam się również z A. Lohse, że w tym wypadku nie można posługiwać się testem ekwiwalencji³⁸⁵.

Kolejną okolicznością przytaczaną przez producentów jako uzasadnienie dla ustanowienia całkowitego zakazu korzystania przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej z usług platform internetowych jest potrzeba sprawowania kontroli nad tym, czy produkty objęte systemem są sprzedawane na warunkach określonych w porozumieniu między dostawcą a dystrybutorem. Kiedy w działalność handlową zaangażowany jest podmiot trzeci, producent nie może skutecznie realizować swoich uprawnień kontrolnych w zakresie określania wymogów odnoszących się do sposobu sprzedaży. W sytuacji gdy sklep internetowy prowadzony przez dystrybutora nie odpowiada standardom zdefiniowanym przez lidera sieci, dochodzi do naruszenia warunków porozumienia. Operator platformy internetowej nie jest natomiast związany umową z producentem. Wobec tego nie ma on możliwości kontrolowania warunków dystrybucji swoich towarów sprzedawanych za pośrednictwem platform³⁸⁶. Argumentacja ta została w pełni zaakceptowana przez Trybunał³⁸⁷.

Moim zdaniem w świetle przywołanych powyżej okoliczności, całkowity zakaz sprzedaży za pośrednictwem platform nie stanowi proporcjonalnego ograniczenia w stosunku do celu, któremu miałby służyć. Jakkolwiek w opisywanej sytuacji producent nie wchodzi w relację kontraktową z operatorem platformy internetowej, to nie prowadzi to jeszcze do konsekwencji w postaci utraty kontroli przez dostawcę nad procesem dystrybucji wytwarzanych przez niego towarów. W dalszym ciągu lider systemu dystrybucji może wymagać od dystrybutora respektowania określonych na mocy porozumienia standardów. Analogiczna sytuacja wystąpi w odniesieniu do stacjonarnego punktu sprzedaży. Dostawca nie jest stroną umowy najmu lokalu przeznaczonego do prowadzenia działalności przez dystrybutora. Niemniej to dystrybutor pozostaje odpowiedzialny za ewentualne niespełnienie warunków odnoszących się do punktu sprzedaży³⁸⁸. W świetle powyższego ograniczeniem

383 Wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 45.

384 Zob. m.in. Wyrok Trybunału z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-210/96, *Gut Springenheide GmbH i Rudolf Tusky przeciwko Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*, ECLI:EU:C:1998:369, pkt 31; wyrok Trybunału z dnia 13 stycznia 2000 r. w sprawie C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG przeciwko Lancaster Group GmbH*, ECLI:EU:C:2000:8, pkt 27.

385 A. Lohse, *Drittplattformverbote: Kernbeschränkungen des Internetvertriebs?* WuW, 2/2014, s. 128.

386 Opinia rzecznika generalnego N. Wahl w sprawie *Coty Germany*, pkt 113.

387 Wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 48.

388 L. Kumkar, *Zur Zulässigkeit pauschaler...*, s. 129.

wystarczającym do zapewnienia kontroli producenta nad warunkami dystrybucji może być odpowiednio sformułowana klauzula w treści porozumienia. Przykładowo można wskazać na postanowienie, w myśl którego dystrybutor jest odpowiedzialny za wszelkie naruszenia porozumienia wynikające z działalności podmiotu trzeciego podjętej w ramach realizacji obowiązków dystrybutora.

Należy również pokrótce odnieść się do uzasadnienia zakazu korzystania z usług platform internetowych, odwołującego się do celu, jakim jest zwalczanie efektu gapowicza. W tym kontekście należy przede wszystkim podkreślić, że istnienie tego zjawiska wynika z istnienia sprzedaży internetowej w ogóle, a nie jest spowodowane bezpośrednio funkcjonowaniem platform internetowych³⁸⁹. Ponadto w przypadku, gdy dystrybutor dokonuje sprzedaży za pośrednictwem portalu tego typu, problem gapowicza w ogóle nie wystąpi. Inaczej byłoby jedynie w sytuacji, gdyby to operator platformy odkupował towary od dystrybutora i następnie samodzielnie je sprzedawał.

Niezależnie od powyższego rozważenia wymaga również, czy zakaz korzystania przez dystrybutorów w systemie dystrybucji selektywnej z platform internetowych w celu sprzedaży produktów objętych tym systemem podlega wyłączeniu grupowemu na mocy rozporządzenia nr 330/2010. W tym celu należy ustalić, czy opisywane ograniczenie nie stanowi klauzuli czarnej, której zawarcie w treści porozumienia prowadzi do utraty przywileju wyłączenia grupowego³⁹⁰.

Celem art. 4 lit. b i c rozporządzenia nr 330/2010, które należy w ramach omawianego zagadnienia przeanalizować, jest zwalczanie zjawiska podziału rynków i w tym kontekście powinny one być interpretowane³⁹¹. Jednocześnie, należy mieć na uwadze stanowisko Trybunału wyrażone w sprawie *Pierre Fabre*, zgodnie z którym brak jest podstaw do dokonywania rozszerzającej interpretacji przepisów przyznających przywilej wyłączenia grupowego³⁹².

W myśl art. 4 lit. b niedopuszczalne jest ograniczenie terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca (...) może sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem, zaś zgodnie z art. 4 lit. c ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych powoduje utratę przywileju wyłączenia grupowego. Odnosząc powyższe do analizowanego zagadnienia, należy ocenić, czy możliwe jest określenie grupy klientów obejmującej użytkowników platform internetowych oraz czy prowadzenie dystrybucji za pośrednictwem tychże platform stanowi samo w sobie sprzedaż pasywną lub aktywną.

Odnosząc się do pierwszego zagadnienia należy wskazać, że Trybunał w sprawie *Coty Germany* stwierdził jedynie, iż w rozpatrywanej sprawie, *na podstawie dostępnych akt nie wydaje się możliwe wyodrębnienie z grupy kupujących online klientów korzystających z platform osób trzecich*³⁹³. W związku z powyższym

389 S. Wartinger, L. Solek, *Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems*, World Competition, vol. 39 (2016), No. 2, s. 303.

390 Na potrzeby przeprowadzanej analizy przyjmuję, że trzydziestoprocenowy próg udziału w rynku nie został przekroczony.

391 Opinia rzecznika generalnego N. Wahl w sprawie *Coty Germany*, pkt 137.

392 Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 56-57.

393 Wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 66. Tak sugerował też sąd odsyłający.

Trybunał uznał, choć nie można traktować tego stanowiska jako wiążącego dla wszystkich przypadków, że całkowity zakaz korzystania z platform internetowych nie prowadzi do ograniczenia kręgu klientów, którym dystrybutor może sprzedawać artykuły objęte porozumieniem w rozumieniu art. 4 lit. b rozporządzenia.

Zagadnienie to budzi wątpliwości w literaturze³⁹⁴. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem, użytkownicy platform nie stanowią odrębnego kręgu klientów, ponieważ są oni osiągalni za pomocą innych kanałów dystrybucji internetowej. Oferta platform internetowych jest bowiem skierowana do wszystkich użytkowników sieci³⁹⁵. Prowadzenie przez dystrybutora własnego sklepu *online* w połączeniu z korzystaniem z usług porównywarki cenowej oraz reklamą w wyszukiwarce internetowej stanowi realną alternatywę dla prowadzenia sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych³⁹⁶.

Innego zdania są S. Wartinger i L. Solek, którzy argumentację za istnieniem odrębnej grupy klientów obejmującej użytkowników platform internetowych opierają na swoistych cechach tych portali. Ze względu na możliwość natychmiastowego porównania oferty różnych producentów przy pomocy wyspecjalizowanych narzędzi³⁹⁷, bezpieczne warunki płatności i szybką dostawę oraz ogólny efekt *one-stop shop*³⁹⁸ niektórzy internauci dokonują zakupów przede wszystkim za pośrednictwem platform internetowych. Ze względu na wymienione cechy nie jest możliwe bezpośrednie porównanie zakupów na platformie do korzystania z wyszukiwarki, a następnie własnej strony dystrybutora³⁹⁹. Autorzy nie powołują się na żadne statystyki w celu uzasadnienia stawianych przez nich tez, niemniej można zaobserwować działania operatorów platform internetowych, rzeczywiście zmierzające do wyodrębnienia specjalnej grupy klientów. Jako przykład powyższego można wskazać usługę Amazon Prime⁴⁰⁰. W zamian za miesięczną opłatę subskrybenci otrzymują dostęp do dodatkowych korzyści związanych z dokonywaniem zakupów za pośrednictwem platformy Amazon Marketplace, takich jak darmowa dostawa w odpowiednio krótszym terminie niż w przypadku pozostałych użytkowników serwisu.

Odmienne podejście do interpretacji art. 4 lit. b rozporządzenia prezentuje L. Kumkar. Autorka wskazuje na nieściśłość między różnymi wersjami językowymi rozporządzenia. Zarówno wersja polska, jak i niemiecka odwołują się do kategorii „kręgu klientów”, podczas gdy wersja angielska oraz hiszpańska mówią ogólnie o „klientach”. Jednocześnie w zawierającym wyjątek art. 4 lit b ppkt (i) mowa już o grupie klientów (ang. *customer group*, hiszp. *grupo de clientes*). Zaprezentowane

394 Przeciwno określanii użytkowników platform mianem odrębnej grupy klientów w rozumieniu art. 4 lit. b rozporządzenia zob. m. in. B. Rohrßen, *Plattformverbote im Selektivvertrieb – der EuGH-Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt vom 19.4.2016*, ZWeR, 5/2016, s. 278; S. Dethof, *Die Beschränkung des Internetvertriebs der Händler nach Pierre Fabre*, ZWeR, 4/2012, s. 518. Odmienne zob. m.in. T. Mäger, F. von Schreitter, *Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und das Internet: Schutz des Verbrauchers oder Behinderung effizienter Vertriebsstrukturen*, NZKart, 2/2015, s. 66, S. Wartinger, L. Solek, *Restrictions of Third-Party...*, s. 299.

395 Zob. wyrok Oberlandesgericht München z dnia 2 lipca 2009 r. w sprawie U (K) 4842/08, pkt 38.

396 L. Kumkar, *Zur Zulässigkeit pauschaler...*, s. 134.

397 na przykład zaawansowane opcje wyszukiwania i flirtowania wyników.

398 Trudno znaleźć polski odpowiednik tego sformułowania. Można porównać to określenie do „załatwiania spraw przy jednym okienku”.

399 S. Wartinger, L. Solek, *Restrictions of Third-Party...*, s. 299.

400 Inne przykłady: Zalando Zet, Asos Premier Delivery.

rozróżnienie sugeruje zatem potrzebę szerokiego rozumienia pojęcia „kręgu klientów”⁴⁰¹.

W związku z powyższym do niedozwolonego ograniczenia dostępu do grupy klientów w myśl tego przepisu może dojść nawet w przypadku wykluczenia pojedynczego klienta. Tym samym nie jest konieczne ustalanie, czy użytkownicy platform stanowią dającą się wyodrębnić grupę klientów. Zdaniem L. Kumkar prawidłowa analiza art. 4 lit. b powinna prowadzić do konkluzji, że najpoważniejsze ograniczenie konkurencji będzie miało miejsce wtedy, gdy dojdzie do rzeczywistego ograniczenia możliwości nawiązania kontaktu z klientami. W przypadku zakazu korzystania z platform internetowych tak nie będzie, ponieważ potencjalni kupujący – użytkownicy internetu – są osiągalni za pomocą innych środków komunikacji *online*⁴⁰².

Zaprezentowana powyżej argumentacja znajduje poparcie także w wykładni celowościowej rozporządzenia. Przeznaczeniem art. 4 lit. b jest bowiem zapobieganie podziałom rynku. Przykładem naruszenia tego przepisu może być zatem na przykład zakaz prowadzenia sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych będących przedsiębiorcami. W takim wypadku dochodzi do uniemożliwienia zaspokojenia części popytu przez dystrybutora. Prawo do prowadzenia sprzedaży jedynie za pośrednictwem własnego sklepu *online* dystrybutora takich skutków nie wywołuje.

W odniesieniu do drugiego z postawionych wyżej pytań, należy wskazać, że w odróżnieniu od sytuacji całkowitego zakazu korzystania przez dystrybutorów z handlu *online*, w opisywanym przypadku dochodzi jedynie do ograniczenia jednego spośród wielu możliwych sposobów docierania do klientów przy pomocy internetu⁴⁰³. W świetle art. 4 lit. c rozporządzenia oraz zasady ekwiwalencji nie jest natomiast wymagane, aby dystrybutorzy mieli nieograniczony dostęp do wszelkich form dystrybucji internetowej. W takim duchu wypowiedział się także Trybunał w sprawie *Coty Germany*⁴⁰⁴.

A. Ezrachi wskazuje na konieczność uwzględnienia w tym kontekście także realiów rynkowych. Autor ten wskazuje, że dla dystrybutorów będących małymi przedsiębiorstwami dostęp do platform internetowych jest w praktyce jedynym sposobem na efektywne prowadzenie handlu *online*. Operatorzy platform dysponują gotową „infrastrukturą”, co pozwala przedsiębiorcom uniknąć wysokich kosztów związanych z tworzeniem zaawansowanej technicznie i profesjonalnej strony internetowej. Istotna jest także kwestia wydatków na reklamę *online*. W rezultacie całkowity zakaz korzystania z platform internetowych może w praktyce stanowić pozbawienie możliwości prowadzenia pasywnej lub aktywnej sprzedaży⁴⁰⁵. Biorąc pod uwagę wyniki badania sektorowego przeprowadzonego przez Komisję, taki wniosek jest nieuzasadniony. Zgodnie z przedstawionymi tam statystykami, podstawowym kanałem dystrybucji internetowej są co do zasady własne sklepy

401 Takie podejście będzie też odpowiadać stanowisku Trybunału wyrażonemu w sprawie *Pierre Fabre*, zgodnie z którym brak jest podstaw do dokonywania rozszerzającej interpretacji przepisów przyznających przywilej wyłączenia grupowego, zob. pkt 56-57 wyroku.

402 L. Kumkar, *Zur Zulässigkeit pauschaler...*, s. 134.

403 Opinia rzecznika generalnego N. Wahl w sprawie *Coty Germany*, pkt 146.

404 Wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 65.

405 A. Ezrachi, *The Ripple Effects...*, s. 60-63. Podobnie, S. Wartinger, L. Solek, *Restrictions of Third-Party...*, s. 300.

internetowe, zaś jedynie 4 procent spośród badanych dystrybutorów korzysta wyłącznie z usług platform internetowych⁴⁰⁶.

Realia rynkowe brał pod uwagę niemiecki Bundeskartellamt w sprawach Adidas⁴⁰⁷ i Asics⁴⁰⁸, w których stanął na stanowisku, że ogólny zakaz korzystania z platform internetowych stanowi klauzulę czarną, o której mowa w art. 4 lit. c rozporządzenia nr 330/2010. Uzasadnienie organu opierało się na zasadzie ekwiwalencji. Stwierdziwszy, że opisywane zjawisko nie ma odpowiednika na gruncie sprzedaży stacjonarnej Bundeskartellamt wskazał, że w takiej sytuacji konieczne jest istnienie obiektywnego uzasadnienia, które odwoływałoby się do poprawy warunków dystrybucji towarów na rynku. Biorąc pod uwagę szereg przydatnych funkcji oferowanych przez platformy internetowe, organ stanął na stanowisku, że przesłanka ta nie została spełniona. Podejście Bundeskartellamt do opisywanego zagadnienia jest o tyle prawidłowe, że celem rozporządzenia nr 330/2010 jest objęcie swoim zakresem obowiązywania *tych porozumień wertykalnych, w odniesieniu do których można założyć z wystarczającą pewnością, że spełniają warunki art. 101 ust. 3 TFUE*⁴⁰⁹.

Rekapitulując uwagi przedstawione powyżej, należy wskazać, że problem *online marketplace bans* budził i, mimo niedawnego stanowiska Trybunału, nadal będzie budził wiele wątpliwości w praktyce. Po wydaniu przychylnego dla sprzedaży internetowej orzeczenia w sprawie *Pierre Fabre*, niektóre sądy i organy zajmujące się opisywanymi zagadnieniami doszły do wniosku, że liberalne wytyczne Komisji, dopuszczające zakaz korzystania przez dystrybutorów z platform internetowych⁴¹⁰ zostały „uchylone”⁴¹¹. Do ciekawej sytuacji doszło w roku 2015, kiedy to Oberlandesgericht we Frankfurcie nad Menem zaakceptował porozumienie, w którym pozbawiono uczestników systemów dystrybucji selektywnej prawa do prowadzenia sprzedaży przy pomocy platform internetowych⁴¹². Ten sam sąd, kilka miesięcy później, w analogicznej sprawie, skierował pytanie prawne do TSUE⁴¹³, co doprowadziło do wydania wyroku w sprawie *Coty Germany*.

Trybunał nie potwierdził tezy o domniemanym „uchyleniu” wytycznych Komisji w zakresie zakazów korzystania z platform i jednocześnie uznał, że opisywana praktyka jest zgodna zarówno z art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ spełnia wszystkie kryteria Metro, a także zasługuje na objęcie przywilejem wyłączenia grupowego⁴¹⁴. Mimo wszystko, trudno przewidzieć, jak orzeczenie to przełoży się na praktykę orzeczniczą i decyzyjną w poszczególnych państwach członkowskich. W kontekście działalności platform internetowych bardzo istotną rolę odgrywa bowiem specyfika rynku krajowego. Wystarczy jedynie nadmienić, że państwa Unii Europejskiej mocno się różnią w tym zakresie. Przykładowo, w Niemczech bardzo dużą pozycję

406 Zob. Commission Staff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, pkt 447 oraz 504.

407 Decyzja Bundeskartellamt z dnia 27 czerwca 2014 r. w sprawie B3-137/12 – Adidas.

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

409 Motyw nr 5 rozporządzenia nr 330/2010. Zob. także A. Ezrachi, *The Ripple Effects...*, s.64.

410 Zob. wytyczne wertykalne, pkt 54.

411 Zob. w szczególności wyrok Landgericht Frankfurt am Main z dnia 18 czerwca 2014 r. w sprawie Az. 2-03 O 158/13, pkt 48. Bundeskartellamt, *Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie*, 2013, s. 19-27.

412 Wyrok Oberlandesgericht Frankfurt z dnia 22 grudnia 2015 r. w sprawie 11 U 84/14.

413 Postanowienie Oberlandesgericht Frankfurt z dnia 19 kwietnia 2016 r. w sprawie 11 U 96/14.

414 Wyrok w sprawie *Coty Germany*, pkt 43-58 oraz 62-69.

rynkową zajmuje portal Amazon, podczas gdy w Polsce platforma ta ma nadal niewielu użytkowników⁴¹⁵. Jednocześnie należy wskazać, że w lutym 2018 roku francuski *cour d'appell* w Paryżu wydał orzeczenie opierając się bezpośrednio na stanowisku Trybunału w sprawie *Coty Germany*. Sąd zaakceptował w całości argumentację TSUE⁴¹⁶.

Kolejnym zagadnieniem, które wymaga omówienia, są zakazy korzystania przez uczestników systemów dystrybucji selektywnej z tak zwanych porównywarek cen. Serwisy tego typu w pewnym zakresie pełnią podobne funkcje co internetowe platformy zakupowe. Użytkownicy porównywarek mają bowiem dostęp do szerokiej gamy ofert pochodzących od różnych podmiotów, które filtrowane są w oparciu o kryterium cenowe. Pozwala to uniknąć czasochłonnych poszukiwań na wielu stronach internetowych w celu znalezienia najkorzystniejszej oferty. Korzystanie z usług tych serwisów znacznie zwiększa zasięg strony internetowej dystrybutora. Jednocześnie istnieje zasadnicza różnica między porównywarekami a platformami zakupowymi. Zawarcie transakcji dotyczącej kupna danego produktu następuje już na stronie należącej do sprzedawcy, a nie za pośrednictwem portalu, na którym klient przeglądał oferty⁴¹⁷. W rezultacie nie można traktować porównywarki jako odrębnego kanału dystrybucji. Okoliczność ta będzie miała istotny wpływ na ocenę legalności zakazów korzystania z portali tego typu przez autoryzowanych dystrybutorów.

W pierwszej kolejności należy odwołać się do kryteriów Metro. W tym kontekście trafny jest wniosek, że wyrażony wprost zakaz korzystania z usług porównywarek cenowych nie będzie spełniał przesłanki proporcjonalności⁴¹⁸. Trudno bowiem zaakceptować argumenty odnoszące się do potrzeby ochrony prestiżu marki oraz potrzeby sprawowania kontroli nad warunkami dystrybucji. Ponieważ w opisywanej sytuacji do transakcji dochodzi na stronie internetowej dystrybutora, nie istnieje również ryzyko błędnej identyfikacji kontrahenta. Jednocześnie za dopuszczalne na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE należy uznać określenie przez producenta standardów korzystania przez autoryzowanych dystrybutorów z usług porównywarek.

W ramach badania, czy opisywana praktyka stanowi *hardcore restriction* w rozumieniu art. 4 lit. b lub c rozporządzenia nr 330/2010 w pierwszej kolejności wskazać należy, że zjawisko istnienia porównywarek cenowych nie znajduje odpowiednika na gruncie sprzedaży w sklepie stacjonarnym⁴¹⁹. Przyjmuje się, że całkowity zakaz korzystania z portali tego typu może pozbawić dystrybutora możliwości efektywnego korzystania z internetu jako kanału sprzedaży. Brak obecności ofert danego podmiotu na liście propozycji prezentowanej przez porównywarkę prowadzi do tego, że potencjalni klienci nie trafią na stronę dystrybutora⁴²⁰. W rezultacie

415 Zob. szerzej, Commission Starff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, pkt 452.

416 Wyrok Wyrok Cour D'appell de Paris z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie 16/02263 (*Coty France*).

417 Zob. Commission Starff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, pkt 542-555; CMA, Digital comparison tools market study, dostępne na stronie <https://www.gov.uk/cma-cases/digital-comparison-tools-market-study>, data dostępu 15.05.2018 r.

418 Wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie VI-Kart 13/15, pkt 80-85.

419 Zob. szerzej Decyzja Bundeskartellamt z dnia 26 sierpnia 2015 r. w sprawie B2-98/11 – Asics, pkt 414-420.

420 Commission Starff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final, pkt 551.

dochodzi do zasadniczego ograniczenia możliwości prowadzenia sprzedaży pasywnej przez dystrybutora. Ponadto, ze względów przedstawionych powyżej, brak jest obiektywnego uzasadnienia, które usprawiedliwiłoby taką praktykę. W związku z powyższym wyrażony wprost zakaz korzystania przez uczestników systemów dystrybucji selektywnej z porównywarek cen stanowi klauzulę czarną w rozumieniu art. 4 lit. c.

Wydaje się, że stanowisko to nie ulegnie zmianie na skutek wydania wyroku w sprawie *Coty Germany*. Dowodem na to może być postanowienie Bundesgerichtshof (BGH), które zapadło już po wydaniu orzeczenia przez Trybunał. BGH wprost wskazał, że nie znajduje powodów, dla których utrwalone w orzecznictwie i praktyce decyzyjnej stanowisko miałoby zostać zmienione⁴²¹. Z tych samych względów sąd ten odmówił skierowania pytania prejudycjalnego w związku z rozpatrywaną sprawą.

W mojej ocenie, przyjmując rozumowanie Trybunału przedstawione w sprawie *Coty Germany*, należy stanąć na stanowisku, że zakaz korzystania z porównywarek cenowych sam w sobie nie będzie prowadził do niedozwolonego ograniczenia sprzedaży pasywnej. Tak jak platformy internetowe stanowią jeden z wielu kanałów dystrybucji internetowej, tak obecność oferty danego dystrybutora na portalu oferującym usługi porównywania cen stanowi tylko jedną z dostępnych form marketingu internetowego. Reklama za pośrednictwem takich portali odwołuje się wyłącznie do ceny produktu, podczas gdy w systemie dystrybucji selektywnej kluczową rolę co do zasady pełnią inne parametry⁴²². Dopiero w sytuacji, gdy opisywany zakaz zostanie połączony z dodatkowymi ograniczeniami odnoszącymi się do prowadzenia działalności reklamowej w internecie, dojdzie do niedozwolonego ograniczenia sprzedaży pasywnej w rozumieniu art. 4 lit. c rozporządzenia. Na marginesie należy wskazać, że tak właśnie kształtował się stan faktyczny w sprawie rozpatrywanej przez Bundesgerichtshof.

4.2.2. Ograniczenia w zakresie wzajemnych relacji między sprzedażą internetową i stacjonarną

Poniżej omówione zostaną przykłady ograniczeń prowadzące do odpowiadającego założeniom lidera systemu dystrybucji ukształtowania stosunków między prowadzoną przez dystrybutorów sprzedażą *online* i „*offline*”.

W pierwszej kolejności rozważenia wymaga kryterium przyjęcia do systemu dystrybucji, zgodnie z którym każdy z dystrybutorów musi prowadzić stacjonarny punkt sprzedaży (tak zwana metoda *brick-and-click*). Ograniczenie to w rezultacie zamyka dostęp do sieci dystrybucji dla podmiotów prowadzących działalność jedynie za pośrednictwem internetu (ang. *pure online players*).

Oceniając powyższe na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, należy wskazać, że uzasadnieniem opisywanego kryterium może być ochrona przed efektem gapowicza. Rzeczywiście, w sytuacji, gdy niektórzy spośród autoryzowanych dystrybutorów prowadzą tylko sklepy internetowe, zaś pozostali prowadzą także sklepy stacjonarne, *pure players* mogą uzyskać przewagę konkurencyjną. Ze względu na mniejsze koszty prowadzenia działalności, dystrybutorzy internetowi będą mogli

⁴²¹ Postanowienie Bundesgerichtshof z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie KVZ 41/17, pkt 28.

⁴²² J. Hederström, L. Peepkorn, *Vertical Restraints in On-line Sales: Comment on Some Recent Developments*, JECLAP, vol. 7 (2016), No. 1, s. 20.

obniżyć ceny. W rezultacie powstanie ryzyko, że konsumenci wybiorą interesujący ich produkt podczas wizyty w sklepie stacjonarnym, a następnie dokonają zakupu przez internet u konkurenta. W takim wypadku dystrybutorzy prowadzący fizyczne punkty sprzedaży nie będą skłonni do inwestowania w marketing oraz usługi przedsprzedażowe. Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w przypadku dystrybucji selektywnej konkurencja cenowa nie stanowi absolutnego priorytetu⁴²³. Jednocześnie należy pamiętać, że ustalanie przez producenta minimalnych cen odsprzedaży w europejskim prawie konkurencji uznawane jest za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji⁴²⁴. Biorąc powyższe pod uwagę, uzasadniony jest wniosek, że opisywany zakaz może spełniać przesłankę proporcjonalności. Komisja stoi na stanowisku, że opisywana praktyka jest dopuszczalna na gruncie rozporządzenia nr 330/2010⁴²⁵.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na to, że możliwość wykluczenia z systemów dystrybucji podmiotów prowadzących wyłącznie sprzedaż internetową może prowadzić do spowolnienia rozwoju i zmniejszenia wzrostu innowacyjności *e-commerce*⁴²⁶. Jest to jednak okoliczność związana z polityką gospodarczą i może stanowić co najwyżej podstawę dla wniosków *de lege ferenda*⁴²⁷.

Niezależnie od powyższego można mieć wątpliwości, czy istnienie efektu gapowicza jest rzeczywiście na tyle poważnym problemem, że jego zwalczanie uzasadniać może stosowanie tak dotkliwych środków jak opisywany powyżej⁴²⁸. W tym kontekście nie można również zapominać, że efekt gapowicza może wystąpić również na gruncie handlu wyłącznie stacjonarnego⁴²⁹, a także może działać na niekorzyść sprzedawców internetowych. Nie jest prawdą, że prowadzenie sklepu internetowego w każdym wypadku generować będzie mniejsze koszty niż w przypadku stacjonarnego punktu sprzedaży. Wraz z rozwojem technologii sklepy internetowe oferują klientom coraz więcej możliwości. Większość usług przedsprzedażowych świadczonych przez sklepy tradycyjne może być współcześnie zastosowana przy sprzedaży *online*.

W związku z powyższym V. Robertson słusznie wskazuje, że bezzasadne jest pozbawianie dostępu do sieci dystrybucji selektywnej sprzedawców internetowych w sytuacji, gdy są oni w stanie spełnić wszystkie kryteria określone przez lidera sieci⁴³⁰. Brak jest racjonalnego uzasadnienia dla wymogu prowadzenia przez przedsiębiorcę wyspecjalizowanego w sprzedaży *online* stacjonarnego punktu sprzedaży, tylko po to, aby uzyskać status autoryzowanego dystrybutora, podczas

423 Wyrok w sprawie *Metro I*, pkt 21.

424 Zob. art. 101 ust. 1 lit. a TFUE oraz art. 4 lit. a rozporządzenia nr 330/2010.

425 Wytyczne wertykalne, pkt 54.

426 W odniesieniu do rynku perfum i kosmetyków zob. raport Autorité de la concurrence, Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, pkt 22-23.

427 Zob. uwagi eBay przedstawione w ramach badania sektora handlu elektronicznego przeprowadzanego przez Komisję, Response to the Public Consultation on the European Commission's Review of the Vertical Restraints Regulation and Guidelines, s. 19-26, <https://www.ebaymainstreet.com/>, data dostępu 15.05.2018 r.

428 Zob. uwagi G. Monti, *Restraints on Selective Distribution Agreements*, World Competition, vol. 36 (2013), No. 4, s. 497.

429 K. Mahlstein, *Vertical Restraints and Competition Policy – Internet Sales, a new Dimension to be Considered*, Global Competition Policy, 3/2009, s. 4. Dostępne na stronie https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/C_Mahlstein-Mar-09_1_.pdf, data dostępu 15.05.2018 r.

430 V. Robertson, *Online sales under the European Commission's Block Exemption Regulation on vertical agreements: Part 2*, ECLR, vol. 33 (2012), ls. 4, s. 180.

gdy i tak większość transakcji odbywałaby się za pośrednictwem internetu⁴³¹. Zjawisko sprzedaży *online* należy traktować jako uzupełnienie⁴³², a nie zagrożenie dla tradycyjnych form dystrybucji towarów.

W ścisłym związku z możliwością prowadzenia dystrybucji w ramach modelu *brick-and-click* pozostają dalsze dopuszczalne w systemie dystrybucji selektywnej ograniczenia, które zostaną omówione poniżej. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji, dozwolone jest określenie przez producenta – w liczbach bezwzględnych – minimalnej wielkości wymaganej sprzedaży poza internetem. Należy zauważyć, że w sytuacji, gdy wartości nie będą nakładane na producentów w sposób jednolity, kryteria Metro nie zostaną spełnione. W reżimie wyłączenia grupowego dostawca ma w tym zakresie większą swobodę. Wartości mogą być określane indywidualnie dla każdego spośród dystrybutorów, jednak na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak na przykład położenie punktu sprzedaży czy siła rynkowa. Opisywane uprawnienie jest motywowane potrzebą zapewnienia efektywnego funkcjonowania lokalu handlowego prowadzonego przez dystrybutora. Jednocześnie niedozwolone są praktyki polegające na zobowiązaniu dystrybutora do ograniczenia łącznej sprzedaży *online*⁴³³.

W celu dokonania zwrotu wydatków poniesionych na zapewnienie usług przedsprzedażowych i zachęcenia sprzedawców do ich dalszego ponoszenia, liderzy systemów dystrybucji selektywnej określają różne ceny zakupu na towary przeznaczone do sprzedaży w stacjonarnych lokalach handlowych oraz na te, które mają być sprzedawane *online* (ang. *dual-pricing*). W praktyce najczęściej odbywa się to jednak w sposób pośredni, w formie rabatów.

Odnosząc powyższe do art. 101 ust. 1 TFUE, należy wskazać, że w ocenie Bundeskartellamt *dual-pricing* stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Rabatowanie towarów przeznaczonych do sprzedaży stacjonarnej jest w sposób dostrzegalny motywowane chęcią ograniczenia sprzedaży internetowej. W rezultacie swoboda działania dystrybutorów hybrydowych zostaje ograniczona. Skutkiem powyższego jest również osłabienie presji cenowej wywieranej przez istnienie efektywnego handlu *online*. Jednocześnie opisywana praktyka nie spełnia przesłanki proporcjonalności. Wspieranie przez producenta wysiłków finansowych dystrybutorów związanych z prowadzeniem stacjonarnego punktu sprzedaży i przynoszących mu korzyści może się odbywać także w sposób, który nie ma na celu wyeliminowania sprzedaży internetowej⁴³⁴.

Zdaniem Komisji stosowanie przez liderów systemów dystrybucji selektywnej podwójnych cen stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 lit. b i c rozporządzenia 330/2010⁴³⁵. Opisywane praktyki pozwalają bowiem wpływać na wybór kanału sprzedaży przez dystrybutorów. W przypadku mniejszych

431 R. Saint-Esteben et. al., *On-line reselling and selective distribution networks: What can be learnt from the French experience?* JECLAP, vol. 1 (2010), No.3, s. 249.

432 Ma to znaczenie w szczególności w odniesieniu do obszarów wiejskich. Zob. także wyrok Cour D'appell de Paris z dnia 16 października 2007 r. w sprawie 2006/17900 (Festina), s. 7.

433 Wytyczne wertykalne, pkt 52 c.

434 Zob. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 13 grudnia 2011r., Sprawa B5-100/10 – Dornbracht. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 23 grudnia 2013 r., Sprawa B7-11/13 – BSH, Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 5 grudnia 2013 r., Sprawa B5-144/13 – Gardena, Wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie Az. VI-U (Kart) 11/13.

435 Wytyczne wertykalne, pkt 52 d.

przedsiębiorstw może dojść do faktycznego wykluczenia sprzedaży internetowej w ogóle, co stanowi niedozwolone ograniczenie sprzedaży pasywnej⁴³⁶.

Jednocześnie należy wskazać, że inne stanowisko w odniesieniu do opisywanego zagadnienia przyjął chociażby holenderski organ do spraw konkurencji. Uznano bowiem, że *dual pricing* nie stanowi zagrożenia w przypadku, gdy dany podmiot nie zajmuje pozycji dominującej⁴³⁷. Francuski Autorité de la concurrence również przyjął bardziej liberalne podejście do omawianych praktyk⁴³⁸.

Zakaz stosowania podwójnych cen nie oznacza, że producenci nie mogą w żaden sposób wynagradzać dystrybutorów za dodatkowo świadczone przez nich usługi związane z funkcjonowaniem stacjonarnych punktów sprzedaży. Komisja wskazuje, że dopuszczalne jest uzgodnienie „stałej opłaty”, której celem byłoby właśnie wspieranie sprzedaży tradycyjnej⁴³⁹. Opłata ta nie może mieć charakteru zmiennego, tym samym niedopuszczalne jest jej zwiększanie wprost proporcjonalnie do wzrostu obrotów dystrybucji internetowej. Mimo to uzasadnione wydają się być obawy, że w praktyce także stosowanie stałej opłaty może służyć zniechęceniu dystrybutorów do korzystania z internetowych form sprzedaży⁴⁴⁰.

4.2.3. Ograniczenia dotyczące technicznych aspektów prowadzenia sprzedaży internetowej, zawartości i wyglądu prowadzonych przez dystrybutorów stron internetowych

Zgodnie z zasadą ekwiwalencji, lider systemu dystrybucji selektywnej może wymagać od dystrybutorów dochowania standardów jakości przy wykorzystywaniu serwisów internetowych w celu sprzedaży towarów objętych systemem, tak samo jak w przypadku stacjonarnych punktów sprzedaży. Poniżej omówione zostaną wybrane przykłady ograniczeń tego typu.

Dopuszczalne jest nałożenie na sprzedawców *online* zakazu korzystania z takich domen internetowych, które mogą szkodzić „wizerunkowi” marki albo wywoływać pejoratywne skojarzenia (na przykład domeny darmowe). Tym samym możliwe jest zobowiązanie dystrybutorów do posługiwania się tak zwanymi domenami najwyższego poziomu⁴⁴¹ (ang. *top level domains – TLD*⁴⁴²). Podobnie w odniesieniu do korzystania z usług serwisów hostingowych dopuszczalne jest wymaganie, aby użytkownicy nie wchodzili na stronę internetową dystrybutora poprzez stronę, która zawiera oznaczenie przedsiębiorstwa osoby trzeciej⁴⁴³. Niedopuszczalnym ograniczeniem będzie natomiast zakaz wykorzystywania przez dystrybutora oznaczenia przedsiębiorstwa producenta jako słowa kluczowego na potrzeby reklamy za pośrednictwem tak zwanych „naturalnych” wyszukiwarek internetowych

436 Bundeskartellamt, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, 2013, s. 21.

437 Autoriteit Consument & Markt, Sectorscan signalen internetverkoop, 2009, s. 4.

438 Zob. szerzej, raport Autorité de la concurrence, Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, pkt 218-236.

439 Wytyczne wertykalne, pkt 52 d.

440 V. Robertson, *Online sales ... Part 2*, s. 181. Takie stanowisko zdaje się również wyrażać w przywoływanych wyżej sprawach Bundeskartellamt.

441 F. Rösner, *Aktuelle Probleme der Zulässigkeit von Selektivvertriebssystemen vor dem Hintergrund der Reform der Vertikal-GVO*, WRP, 9/2010, s. 1120.

442 Zob. szerzej M. Dutko, *Domeny internetowe. Krótka i na temat*, Warszawa, 2008.

443 Wytyczne wertykalne, pkt 54.

(google, yahoo itp.). Opisywany środek wykracza poza to co jest konieczne, aby zapewnić zachowanie prestiżu marki⁴⁴⁴.

Zgodne z regułami konkurencji będą co do zasady także wytyczne producenta odnoszące się do szybkości ładowania treści na stronie internetowej, a także bezpośrednio z tym związane wymaganie, aby serwis ten obsługiwany był przez bezpieczne serwery⁴⁴⁵.

Liderowi systemu dystrybucji selektywnej przysługują także dość szerokie uprawnienia do określania treści prezentowanych na stronach internetowych autoryzowanych dystrybutorów. W tym kontekście producent może przewidywać określony rozkład strony internetowej, a także wymagać filtrowania dostępnych produktów według wybranych kategorii. Dopuszczalne jest wymaganie zachowania odpowiedniego „ogólnego obrazu” strony internetowej, który odpowiadać będzie właściwości sprzedawanych produktów. Kolejnym przykładem dozwolonego ograniczenia będzie obowiązek dokonywania cyklicznej zmiany ofert wyświetlanych na stronie głównej. Zastrzeżeń nie budzi także wymóg stworzenia specjalnej podstrony dla wybranej kategorii sprzedawanych produktów, na przykład w celu wyodrębnienia nowej kolekcji towarów⁴⁴⁶. Wszystkie te sytuacje znajdują swoje odpowiedniki w odniesieniu do sklepu stacjonarnego.

W świetle standardów odnoszących się do sposobu wyświetlania ofert, producent w szczególności może wymagać od dystrybutorów zamieszczenia zdjęć towarów w odpowiednio wysokiej jakości oraz opatrywania ich wyczerpującym i profesjonalnym opisem. Współcześnie wątpliwości nie powinien budzić także wymóg dotyczący prezentowania produktów na stronie dystrybutora w postaci obrazu 3D.

Kolejnym dopuszczalnym środkiem kontroli warunków dystrybucji internetowej, jest zobowiązanie dystrybutora do zamieszczenia na swojej stronie internetowej informacji o stacjonarnym punkcie sprzedaży, a także zachęcanie użytkowników internetu do jego odwiedzin⁴⁴⁷ w celu dokładniejszego zapoznania się z ofertą (np. skorzystania z możliwości przymierzenia towarów). Jednocześnie w opisywanej wcześniej sprawie Dornbracht, Bundeskartellamt krytycznie odniósł się do wyświetlanych na stronie internetowej dystrybutora treści, zniechęcających do korzystania ze sklepu internetowego⁴⁴⁸. W ramach omawianej grupy przypadków nieekwiwalentnym środkiem będzie zakaz publicznego podawania przez dystrybutora informacji o cenie towaru i udzielanie jej jedynie na skutek indywidualnie skierowanego zapytania od użytkownika⁴⁴⁹.

4.2.4. Ograniczenia dotyczące obsługi klienta w sklepach internetowych

W ramach tej kategorii przede wszystkim wskazać należy na możliwość zobowiązania dystrybutorów do udostępnienia klientom możliwości zasięgnięcia informacji

444 Decyzja Le Conseil de la concurrence n° 06-D-24 z dnia 24 lipca 2006 r., pkt 48, Decyzja Le Conseil de la concurrence n° 07-D-07 z dnia 8 marca 2007 r., pkt 124-130.

445 Zob. P. von Hülsen, op. cit., s. 305 i cytowana tam literatura.

446 Decyzja Le Conseil de la concurrence n° 07-D-07 z dnia 8 marca 2007 r., pkt 102.

447 Zob. wyrok Landgericht Mannheim z dnia 14 marca 2008 r. w sprawie 7 O 263/07 Kart, pkt 11.

448 Zob. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 13 grudnia 2011 r., Sprawa B5-100/10 – Dornbracht.

449 A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży...*, s. 38.

o produktach i usługach za pośrednictwem telefonu, wideokonferencji, poczty elektronicznej lub specjalnego formularza kontaktowego znajdującego się na stronie internetowej dystrybutora⁴⁵⁰. Dopuszczalne jest także określenie, w granicach rozsądku, minimalnych terminów odpowiedzi na zapytania skierowane przez klientów. Jednocześnie w tym kontekście nieekwiwalentnym środkiem będzie obowiązek udzielania informacji poza godzinami pracy fizycznego punktu sprzedaży⁴⁵¹.

W ocenie Komisji oferowanie przez stronę internetową dystrybutora możliwości wyboru wersji językowej przez użytkownika stanowi przejaw sprzedaży pasywnej, a nie aktywnej⁴⁵². W związku z tym nawet w przypadku, gdy w innych państwach ustanowieni są dystrybutorzy wyłączni, producent nie może się sprzeciwić stworzeniu przez uczestnika systemu dystrybucji selektywnej strony internetowej w języku państwa, w którym funkcjonuje wyłączny dystrybutor⁴⁵³. Za nieproporcjonalny należy z kolei uznać wymóg posiadania przez dystrybutora strony w zbyt wielu wersjach językowych, podobnie jak nie można wymagać od personelu sklepu znajomości nietypowych języków.

W odniesieniu do dostawy towarów zakupionych za pośrednictwem strony internetowej dystrybutora należy wskazać, że producent może nakładać w tym zakresie jedynie takie wymogi, których spełnienie jest realne. Przykładowo, można zobowiązać dystrybutora do przygotowania towaru do wysyłki tego samego dnia, jeżeli zamówienie złożone zostanie do określonej godziny. Jednocześnie niedopuszczalne wydaje się postanowienie przewidujące zakaz prowadzenia wysyłki towaru i konieczność odbioru go przez klienta w sklepie stacjonarnym⁴⁵⁴. Uzasadnienie odwołujące się do potrzeby prawidłowej identyfikacji kontrahenta nie znajdzie w tym przypadku zastosowania.

4.3. Podsumowanie

Stosowanie reguł konkurencji dotyczących dystrybucji selektywnej do zjawiska sprzedaży internetowej opiera się w dużej mierze na analogii do rozwiązań odnoszących się do tradycyjnych form sprzedaży. „Pomostem” między tymi formami dystrybucji zdaje się być sformułowana przez Komisję zasada ekwiwalencji. Wymaga ona, aby kryteria nakładane na sprzedaż internetową były równoważne z tymi, które odnoszą się do sprzedaży za pośrednictwem stacjonarnych punktów sprzedaży. Kolejnym fundamentalnym elementem analizy ograniczeń nakładanych na dystrybucję internetową jest zasada, zgodnie z którą każdy dystrybutor musi mieć prawo wykorzystywać internet w celu prowadzenia sprzedaży. W związku z powyższym za niedozwolone w większości przypadków należy uznać całkowite zakazy prowadzenia przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej sprzedaży w sieci. Jednocześnie producent może wymagać pewnych standardów jakości przy wykorzystywaniu internetu przez autoryzowanych dystrybutorów. Powyższa reguła rodzi jednak wiele wątpliwości w praktyce. Do momentu wydania przez Trybunał

450 Zob. decyzja Le Conseil de la concurrence n° 07-D-07 z dnia 8 marca 2007 r., pkt 41-50.

451 Tak A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży...* s. 34-35.

452 Wytyczne wertykalne, pkt 52.

453 Zgodnie z art. 4 lit. b ppkt i rozporządzenia jest bowiem możliwe ograniczenie *aktywnej sprzedaży skierowanej do określonego obszaru lub określonej grupy klientów zastrzeżonych na wyłączność*.

454 A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży...*, s. 38.

wyroku w sprawie *Coty Germany* w bardzo rozbieżny sposób podchodzono na przykład do zakazu korzystania przez dystrybutorów z usług platform internetowych. Trybunał stanął natomiast na stanowisku, że możliwe jest obiektywne uzasadnienie takiej praktyki. Trudno jednak ocenić, czy opisywane orzeczenie doprowadzi do ujednolicenia praktyki w państwach członkowskich.

Wnioski

Wspieranie dalszego rozwoju *e-commerce* w Europie jest jednym z najważniejszych elementów strategii jednolitego rynku cyfrowego przyjętej przez Komisję w roku 2015. Sprzedaż internetowa przynosi wiele korzyści konsumentom oraz przedsiębiorcom. Sklepy *online* mają znacznie zwiększony zasięg terytorialny w porównaniu ze stacjonarnymi punktami sprzedaży, przez co oferta danego przedsiębiorcy może być skierowana do większej liczby potencjalnych klientów. Wykorzystywanie nowoczesnych technologii w dystrybucji towarów prowadzi do ograniczenia zjawiska asymetrii informacji między kontrahentami. Dzięki internetowi konsumenci mogą w łatwy sposób przejrzeć wiele ofert, komunikować się ze sobą oraz ze sprzedawcami. Rozpoczęcie działalności w sektorze *e-commerce* wymaga poniesienia mniejszych nakładów zarówno przy jej zakładaniu, jak też już w trakcie jej prowadzenia. Wszystkie te czynniki powodują, że sprzedaż internetowa zwiększa konkurencję cenową.

Niektóre spośród tradycyjnych form dystrybucji, na przykład dystrybucja selektywna, opierają się na ograniczeniu liczby autoryzowanych dystrybutorów danego towaru i zobowiązaniu ich do spełnienia określonych kryteriów odnoszących się do warunków sprzedaży. W takim wypadku konkurencja w zakresie parametrów takich jak cena zostaje ograniczona. Producenci dóbr luksusowych, markowych oraz zaawansowanych technicznie często decydują się na stworzenie systemu dystrybucji selektywnej, aby dbać o prestiżowe postrzeganie ich marki przez klientów, podtrzymać „aurę luksusu” oraz zapewnić fachową obsługę klienta. Aby umożliwić realizację tych celów na uczestników systemów dystrybucji selektywnej nakładane są również zobowiązania odnoszące się do sposobu wykorzystywania przez nich internetu przy prowadzeniu sprzedaży.

Porozumienia o dystrybucji selektywnej, ze względu na ich charakter podmiotowy zaliczają się do kategorii porozumień wertykalnych. Na gruncie nauk ekonomicznych funkcjonuje teza, że porozumienia tego typu w większości przypadków nie będą negatywnie wpływały na konkurencję. Dzieje się tak ponieważ zawierane są między przedsiębiorstwami, które nie są swoimi bezpośrednimi konkurentami. W takim wypadku koordynacja wysiłków dwóch podmiotów w celu zwiększenia ich zysku przynosi również korzyści konsumentom. Inaczej jest w przypadku porozumień horyzontalnych – zawieranych przez przedsiębiorców znajdujących się na tym samym szczeblu obrotu. W takiej sytuacji znacznie bardziej prawdopodobne jest, że realizacja wspólnych celów stron porozumienia będzie ze szkodą dla konsumentów.

Reguła, zgodnie z którą porozumienia wertykalne są mniej szkodliwe od porozumień horyzontalnych nie znajduje swojego bezpośredniego odzwierciedlenia na gruncie

art. 101 ust. 1 TFUE, w myśl którego zakazane są wszelkiego rodzaju porozumienia między przedsiębiorstwami, których celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym. Niemniej na podstawie orzecznictwa Trybunału, systemy dystrybucji selektywnej, w których wybór dystrybutorów opiera się na obiektywnych i uzasadnionych – właściwościami produktu objętego systemem dystrybucji – kryteriach o charakterze jakościowym, stosowanych w sposób jednolity i niedyskryminacyjny, stanowią element konkurencji zgodny z art. 101 ust. 1 TFUE.

Poza wskazaną wyżej sytuacją prokonkurencyjne skutki porozumień wertykalnych brane są pod uwagę na etapie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, który przewiduje możliwość uzyskania wyłączenia indywidualnego spod zakazu sformułowanego w art. 101 ust. 1 TFUE. Przestanki zastosowania tego przepisu są sformułowane w sposób bardzo szczegółowy, co wraz z przerzuceniem ciężaru dowodu na przedsiębiorcę chcącego skorzystać ze zwolnienia powoduje, że nie jest to skuteczny instrument realizacji wspomnianego wcześniej założenia. W obecnym stanie prawnym funkcjonuje natomiast wyłączenie grupowe, zagwarantowane przepisami rozporządzenia nr 330/2010. Ustanawia ono domniemanie, że porozumienia wertykalne, których strony nie zajmują zbyt dużej pozycji rynkowej stanowią element konkurencji zgodny z art. 101 ust. 3, bez potrzeby dowodzenia tej okoliczności w każdym indywidualnym przypadku. Utratę przywileju wyłączenia grupowego powoduje zawarcie w tekście porozumienia pewnych klauzul, których realizacja prowadzi do znacznego ograniczenia swobody działania jednej ze stron porozumienia.

Dystrybucja selektywna stanowi szczególną kategorię porozumień wertykalnych. Kluczowym jej elementem jest zobowiązanie się producenta do sprzedaży dóbr objętych systemem wyłącznie na rzecz autoryzowanych dystrybutorów. Ci w zamian mają obowiązek dostosowania się do wymagań odnoszących się do warunków prowadzenia przez nich działalności oraz powstrzymania się od sprzedaży towarów objętych systemem na rzecz podmiotów nie będących autoryzowanymi dystrybutorami.

Lider systemu dystrybucji może zatem w znacznym stopniu kontrolować proces sprzedaży produkowanych przez siebie dóbr, przy jednoczesnym ograniczeniu własnego ryzyka. Z tego powodu, z gospodarczego punktu widzenia stosowanie dystrybucji selektywnej jest korzystniejsze niż prowadzenie działalności w oparciu o istnienie zintegrowanego przedsiębiorstwa obejmującego szczebel produkcyjny i dystrybucyjny. Podobnie będzie w przypadku wykorzystywania przez producenta dóbr modelu biznesowego opartego o zawieranie umów agencyjnych.

Jak wspomniano wyżej, w orzecznictwie Trybunału wypracowane zostały przesłanki legalności systemów dystrybucji selektywnej. Po pierwsze, właściwości produktu objętego systemem muszą uzasadniać jego wprowadzenie. Kryterium to spełniają produkty luksusowe, w wypadku których nakładanie na dystrybutorów szczególnych wymogów jest podyktowane potrzebą ochrony prestiżowego wizerunku tych towarów. Istnieje jednak wątpliwość, czy w podobny sposób należy potraktować produkty markowe oraz zaawansowane technicznie. Po drugie, kryteria doboru sprzedawców muszą mieć charakter jakościowy oraz być stosowane w sposób jednolity i niedyskryminujący. W tym kontekście za niedopuszczalne na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE należy uznać systemy opierające się na kryteriach ilościowych

(np. liczba autoryzowanych dystrybutorów w danym mieście). Po trzecie, ustanowione kryteria nie mogą wykraczać poza to co konieczne. Po czwarte, funkcjonowanie na rynku wielu podobnych systemów dystrybucji nie może uniemożliwiać korzystania przedsiębiorcom z innych form dystrybucji towarów, a także nie może skutkować zbyt sztywną strukturą cen.

Przytoczone wyżej kryteria Metro uznawane są za bardzo rygorystyczne. Zakres zastosowania przywileju wyłączenia grupowego z rozporządzenia nr 330/2010 jest znacznie szerszy i pozwala na stosowanie przez producentów dóbr także „mieszanych” oraz „ilościowych” systemów dystrybucji. Na gruncie rozporządzenia niedopuszczalne są natomiast ograniczenia terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym dystrybutor może sprzedawać towary objęte systemem oraz ograniczenia możliwości prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych.

Opisane powyżej przesłanki legalności porozumień o dystrybucji selektywnej znajdują również zastosowanie przy ocenie ograniczeń dotyczących sprzedaży internetowej nakładanych na autoryzowanych dystrybutorów. W praktyce Komisji i krajowych organów do spraw ochrony konkurencji punktem wyjścia jest zasada, zgodnie z którą sprzedawcy powinni mieć prawo wykorzystywać internet w celu prowadzenia sprzedaży produktów, zaś wszelkie ograniczenia w tym zakresie muszą być ogólnie równoważne z tymi, które nakładane są na sprzedaż za pośrednictwem fizycznego lokalu handlowego.

W świetle powyższego niedozwolone jest co do zasady zakazywanie autoryzowanym dystrybutorom korzystania z internetu do prowadzenia sprzedaży w ogóle, co potwierdził Trybunał w sprawie *Pierre Fabre*. W odniesieniu natomiast do ograniczenia możliwości korzystania z usług platform internetowych Trybunał w sprawie *Coty Germany* stanął na stanowisku, że kryterium tego typu może – w razie spełnienia pozostałych przesłanek testu Metro – nie wchodzić w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Jednocześnie opisywana praktyka podlega wyłączeniu grupowemu, ponieważ *online marketplace ban* nie jest w ocenie Trybunału ograniczeniem kręgu klientów, ani nie stanowi niedozwolonego ograniczenia sprzedaży pasywnej. W świetle stanowiska Komisji lider systemu dystrybucji selektywnej ma również prawo wymagać od swoich dystrybutorów posiadania co najmniej jednego stacjonarnego punktu sprzedaży, tym samym wykluczając przedsiębiorców prowadzących działalność wyłącznie w sektorze *e-commerce*. Dopuszczalne na gruncie prawa konkurencji UE jest także nakładanie różnego rodzaju wymogów odnoszących się do wyboru domeny sklepu internetowego autoryzowanego dystrybutora, sposobu wyświetlania ofert na tej stronie oraz standardów obsługi klienta *online*.

Na przestrzeni ostatnich kilku lat można zaobserwować tendencję do wycofywania się z restrykcyjnego podejścia w stosunku do opisywanych uprawnień kontrolnych liderów systemów dystrybucji selektywnej. Podejście to wydaje się być w pewnym zakresie słuszne biorąc pod uwagę względy ekonomiczne. Jak wskazywano bowiem, alternatywami dla działalności w modelu dystrybucji selektywnej jest integracja wertykalna lub umowy agencyjne. Obie te formy nie stanowią jednak rozwiązań optymalnych z punktu widzenia przedsiębiorcy. Ponadto mogą one w większym stopniu negatywnie oddziaływać na poziom konkurencji niż dystrybucja selektywna. W wielu przypadkach liberalizacja podejścia nie znajduje jednak

uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych. W tym kontekście uważam, że stanowisko Trybunału wyrażone w sprawie *Coty Germany* nie jest do końca trafne. Jak wskazywałem, przytoczona w tej sprawie argumentacja nie uzasadnia całkowitego i bezwarunkowego zakazu korzystania przez dystrybutorów z platform trzecich.

W związku z powyższym uważam, że należy rozważyć rewizję obowiązujących przepisów, w celu wyznaczenia jasnych założeń dla przyszłej polityki stosowania prawa konkurencji. W chwili obecnej nie jest bowiem jasne, czy należy skupiać się na kwestiach związanych z dobrobytem konsumenta i faworyzować sprzedaż internetową, czy przeważające znaczenie powinna mieć zasada swobody działalności gospodarczej.

Należy również pamiętać, że stosowanie europejskiego prawa konkurencji do zjawiska sprzedaży internetowej opiera się w przeważającej mierze na niewiążących i bardzo kazuistycznych wytycznych Komisji. Taka sytuacja nie sprzyja bezpieczeństwu obrotu prawnego i dlatego postuluję rozważenie wprowadzenia do nowego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym przepisów, które odnosiłyby się wprost do sprzedaży internetowej.

Bibliografia

- Ahlborn C., *Competition policy in the new economy: is European competition law up to challenge?* ECLR, vol. 22 (2001), ls. 5.
- Baxter W., *Substitutes, Complements and the Nature of the Firm*, [w:] *The law and economics of competition policy*, red. F. Mathewson, M. Trebilcock, M. Walker, Vancouver 1990.
- Beuttner T. et. al., *An Economic Analysis of the Use of Selective Distribution by Luxury Goods Suppliers*, European Competition Journal, vol. 5 (2009), ls. 1.
- Bolecki A., *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, IKAR 3/2013.
- Bork R., *The Antitrust Paradox*, New York 1978.
- Brenning-Louko M. et. al., *Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decade*, Competition Policy Newsletter 2/2010.
- Buccirossi P., *Vertical Restraints on E-Commerce and Selective Distribution*, Journal of Competition Law & Economics, vol. 11 2015 ls. 3.
- Colangelo G., Torti V., *Selective distribution and online marketplace restrictions under EU competition rules after „Coty Prestige”*, European Competition Journal, vol. 14 (2018), is. 1
- Dethof S., *Die Beschränkung des Internetvertriebs der Händler nach Pierre Fabre*, ZWeR, 4/2012.
- Dobson P. Waterson M., *Vertical Restraints and Competition Policy*, London 1996.
- Dutko M., *Domeny internetowe. Krótco i na temat*, Warszawa, 2008.
- Ezrachi A., *The Ripple Effects of Online Marketplace Bans*, World Competition, vol. 40 (2017), No. 1.
- Faveri Ch. De, *The Assesment of Selective Distribution Systems Post – Pierre Fabre*, Global Antitrust Review 2014.
- Geradin D. et. al., *EU competition law and economics*, Oxford 2012.
- Ginsburg D., *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, 60 Antitrust Law Journal vol. 60 (1992) No. 1.
- Górna K., Kozak M., Wawruch A., *Ograniczenia konkurencji w porozumieniach wertykalnych – czy jest miejsce na badanie skutku? Uwagi w świetle ostatniego orzecznictwa sądów polskich i TSUE*, IKAR nr 7/2016.
- Goyder J., Albors-Llorens A., *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press 2009.
- Goyder J., *Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements*, JECLAP, vol. 2 (2011), No. 4.
- Goyder J., *EU Distribution Law*, Hart Publishing 2011.

- Gurin A., Peepkorn L., *Vertical Agreements* [w:] *The EU Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oxford University Press 2014.
- Gylen L., *Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under EEC Competition Law*, CMLR vol. 21 (1984), Is. 4.
- Hassemer M., *Porozumienia o dystrybucji selektywnej* [w:] M. Łabędzka (red.) *Europejskie prawo konkurencji: porozumienia dystrybucyjne*, Łódź 1998.
- Hawk B., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, CMLR vol. 32 (1995) Is. 4.
- Hederström J., Peepkorn L., *Vertical Restraints in On-line Sales: Comment on Some Recent Developments*, JECLAP, vol.7 (2016), No. 1.
- Jarocki T., *Ewolucja polityki konkurencji we Wspólnocie Europejskiej*, Kielce 2008.
- Jephcott M., *Horizontal Agreements and EU Competition Law*, Richmond 2005.
- Jurkowska A., Skoczny T. (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008
- Kohutek K., *Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, PPH 11/2011.
- 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/el, 2016.
- Kolko J., *The Death of Cities? The Death of Distance? Evidence from the Geography of Commercial Internet Usage*, Selected Papers from the Telecommunications Policy Research Conference 1999.
- Kumkar L., *Vertikale Beschränkungen im Plattformvertrieb – Ist die Vertikal-GVO gerüstet für die Plattform Revolution?* NZKart, 2/2017.
- Kumkar L., *Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im Internetvertrieb von Luxuswaren*, ZWeR, 1/2018.
- Levenstein M. Suslow V., *How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork's The Antitrust Paradox*, The Journal of Law & Economics Vol. 57 (2014) No. S3.
- Lohse A., *Drittplattformverbote: Kernbeschränkungen des Internetvertriebs?* WuW, 2/2014.
- Lubberger A., *Wo steht der Selektivvertrieb?* ZWeR, 1/2018.
- Lugard P., Hancher L., *Honey, I shrunk the Article! A critical assesement of the Commission Notice on Article 81(3) of the EC Treaty*, ECLR vol. 25 (2004), Is. 7.
- Mäger T., von Schreitter F., *Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und das Internet: Schutz des Verbrauchers oder Behinderung effizienter Vertriebsstrukturen*, NZKart, 2/2015.
- Mahlstein K., *Vertical Restraints and Competition Policy – Internet Sales, a new Dimension to be Considered*, Global Competition Policy, 3/2009.

- Marek M., *Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, IKAR 7/2016.
- Maziarz A., *Porozumienia wertykalne w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Lublin 2013.
- Mendelsohn M., Rose S., *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, Kluwer Law International 2002, s. 34.
- Miąsik D., *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE – glosa do wyroku ETS z 20.11.2008 r. w sprawie 209/07 Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, EPS 8/2009.
- Monti G., *Restraints on Selective Distribution Agreements*, *World Competition*, vol. 36 (2013), No. 4.
- Moritz W., *Das Verbot von Drittplattformen im Selektivvertrieb – Ergänzung zu Rohrßen*, ZVertriebsR 1/2017, s. 28.
- Odudu O., *Article 81(3), discretion and direct effect*, ECLR vol. 23 (2002), Is. 1.
- Peperkon L., *The Economics of Vertical Restraints*, *Competition Policy Newsletter*, 2/1998.
- Posner R., *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, *University of Chicago Law Review* vol. 48 (1981) Is. 1.
- Posner R., *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, *University of Chicago Law Review* vol. 72 (2005).
- Późdżik R., *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej: studium z prawa antymonopolowego*, Lublin 2006.
- Robertson V., *Online sales under the European Commission's Block Exemption Regulation on vertical agreements: Part 2*, ECLR, vol. 33 (2012), Is. 4.
- Rohrßen B., *Plattformverbote im Selektivvertrieb – der EuGH-Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt vom 19.4.2016*, ZWeR, 5/2016.
- Rösner F., *Aktuelle Probleme der Zulässigkeit von Selektivvertriebssystemen vor dem Hintergrund der Reform der Vertikal-GVO*, WRP, 9/2010.
- Roth P., Rose V. (red.), *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*, Oxford 2008.
- Saint-Esteben R. et. al., *On-line reselling and selective distribution networks: What can be learnt from the French experience?* JECLAP, vol. 1 (2010), No. 3.
- Sokol D., *The Transformation of Vertical Restraints: per se Illegality, the Rule of Reason, and per se Legality*, *Antitrust Law Journal* vol. 79 (2014) No. 3.
- Stefano G. De, *The new EU „Vertical Restraints Regulation”: navigating the vast sea beyond safe harbours and hardcore restrictions*, ECLR vol. 31 (2010), Is. 12.
- Subiotto R., Dautricourt C., *The Reform of European Distribution Law*, *World Competition*, vol. 34 (2011), No. 1.
- Szmigielski A., *Jednolity rynek cyfrowy jako wyzwania dla prawa konkurencji UE*, PEwP 2/2016.

- Szmigielski A., *Regulacja dystrybucji selektywnej a ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym w świetle unijnego prawa konkurencji*, PPUW 2/2016.
- Targański B., *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010.
- Targański B., *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*, IKAR 5/2013.
- Tesler L., *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* The Journal of Law & Economics Vol. 3 (1960).
- Themelis A., *After „Pierre Fabre”: the future of online distribution under competition policy*, International Journal of Law and Information Technology, vol. 20 (2012), No. 4.
- Van der Bergh R., Camesasca P., *European Competition Law and Economics*, London 2006.
- Vaughan D. et. al, *EU Competition Law General Principles*, Richmond 2006.
- Verouden V., *Vertical Agreements: Motivation and Impact*, Issues in competition law and policy vol. 3 (2008).
- Vogel L., *EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012*, JECLAP, vol. 3 (2012), No. 3.
- Vogel L., Vogel J., *Survey on Vertical Agreements in 2017 – Is the Rigid Application of Competition Law to Distribution Agreements Going to Kill the Buyer-Reseller Model*, JECLAP vol. 8 (2017), Is. 9.
- Vollering S., *When a hardcore restriction is not an object restriction*, ECLR vol. 39 (2018) Is. 2.
- von Hülsen P., *Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus kartellrechtlicher Sicht*, ZVertriebsR 5/2012.
- Wartinger S., Solek L., *Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems*, World Competition, vol. 39 (2016), No. 2.
- Wesseling R., *The Commission White Paper on Modernisation of E.C Antitrust Law: unspoken consequences and incomplete treatment of alternative options*, ECLR vol. 20 (1999), Is. 8.
- Whish R., *Regulation 2790/1999: The Commission „New Style” Block Exemption for Vertical Agreements*, CMLR, vol 37 (2000), Is. 4.
- Wijckmans F., Tuytschaever F., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford University Press 2011.
- Witt A. C., *Restrictions on the use of third-party platforms in selective distribution for luxury goods*, European Competition Journal, vol. 12 (2016), Is. 2-3.
- Wróbel A. (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. II*, Warszawa 2012.

Akty prawne

Dyrektywa 2002/21 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE L 108/33 z 24.04.2002 r.

Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, Dz. Urz. UE Dz. U. L 108/51 z 24.04.2002 r.

Dyrektywa 2007/64 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7, 2002/65, 2005/60 i 2006/48 i uchylająca dyrektywę 97/5, Dz. Urz. UE L 319/1 z 05.12.2007 r.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13 i dyrektywę 1999/44 Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577 i dyrektywę 97/7 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz. Urz. UE L 304/64 z 22.11.2011 r.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65, 2009/110, 2013/36 i rozporządzenie nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64, Dz. Urz. UE L 337/35 z 23.12.2015 r.

Regulation No 67/67 of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements, Dz. Urz. EWG 849/67 z 25.03.1967 r.

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. Urz. UE L 102/1 z 23.04.2010 r.

Rozporządzenie Komisji nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych, Dz. Urz. UE L 335/36 z 18.12.2010 r.

Rozporządzenie Komisji nr 123/85 z dnia 12 grudnia 1984 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu WE do niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji i serwisowania pojazdów silnikowych, Dz. Urz. WE L 15/16 z 18.01.1985 r.

Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. o zastosowaniu art. 85 ust. 3 Traktatu WE do kategorii umów wyłącznej dystrybucji, Dz. Urz. WE L 173/1 z 30.06.1983 r.

Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. o zastosowaniu art. 85 ust. 3 Traktatu WE do kategorii umów wyłącznego zakupu Dz. Urz. WE L 173/5 z 30.06.1983 r.

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. Urz. WE L 336/21 z 29.12.1999 r.

Rozporządzenie 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, Dz. Urz. UE L 102/1 z 23.04.2010 r.

Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu WE do kategorii umów franchisingu, Dz. Urz. WE L 359/46 z 28.12.1988 r.

Rozporządzenie nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń, Dz. Urz. UE L 199/1 z 31.07.2007 r.

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. Urz. WE L 1/1 z 04.01.2003 r.

Rozporządzenie Rady nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r. zmieniające rozporządzenie nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. WE nr L 148/1 z 15.06.1999 r.

Rozporządzenie Rady nr 1215/1999 z dnia 10 czerwca 1999 r. zmieniające rozporządzenie nr 19/65/EWG w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. WE nr L 148/1 z 15.06.1999 r.

Rozporządzenie Rady nr 19/65 z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. EWG nr 36/533 z 06.03.1965 r.

Dokumenty Komisji

Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Wytyczne dot. pojęcia wpływu na handel), Dz. Urz. UE C 101/81 z 27.04.2004 r.

Commission Staff Working Document Accompanying the document Final report on the E-commerce Sector Inquiry, z 10 maja 2017 r., SWD (2017) 154 final.

Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE), Dz. Urz. UE C 101/97 z 27.04.2004 r.

Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints (Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints), Dz. Urz. WE C 365/3 z 26.11.1998 r.

Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM(96) 721.

Komunikat Komisji, Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*), Dz. Urz. UE C 291/1 z 30.08.2014 r.

Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. UE C 372/5 z 09.12.1997 r.

Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego z dnia 10.05.2017 r., COM (2017) 229 final.

Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, SEK (2010) 411.

Orzeczenia Trybunału i Sądu

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA* przeciwko Komisji, ECLI:EU:T:2003:335.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:T:1996:192.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-19/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:T:1996:190.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 18 września 2001 r. w sprawie T-112/99 *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom i Télévision française 1 SA (TF1)* przeciwko Komisji (Wyrok w sprawie *Métropole télévision*), ECLI:EU:T:2001:215.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 lutego 1992. w sprawie T-19/91 *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy* przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:T:1992:28.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie T-86/95 *Compagnie générale maritime i inni* przeciwko Komisji ECLI: ECLI:EU:T:2002:50.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 kwietnia 1995 r w sprawie T-141/89 *Tréfileurope Sales SARL* przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:T:1995:62.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar plc* przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:T:1999:246.

Wyrok Trybunału z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie C-19/77 *Miller International Schallplatten GmbH* przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:C:1978:19.

Wyrok Trybunału 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 Trybunału z dnia 11 października 1983 r. w sprawie C-210/81 *Demo-Studio Schmidt* przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:C:1983:277.

Wyrok Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia Inc.* przeciwko *Autorité de la concurrence i in.*, ECLI:EU:C:2012:795.

Wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 *Établissements Consten S.A.R.L. i Grundig Verkaufs GmbH przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1966:41.

Wyrok Trybunału 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 Trybunału z dnia 13 stycznia 2000 r. w sprawie C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG przeciwko Lancaster Group GmbH*, ECLI:EU:C:2000:8.

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

Wyrok Trybunału z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-210/96, *Gut Springenheide GmbH i Rudolf Tusky przeciwko Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*, ECLI:EU:C:1998:369.

Wyrok Trybunału z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-219/95 P, *Ferriere Nord SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1997:375.

Wyrok Trybunału z dnia 20 listopada 2008 w sprawie C 209/07 *Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, ECLI:EU:C:2008:643.

Wyrok Trybunału z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie C-373/14 P *Toshiba Corporation przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2016:26.

Wyrok Trybunału z dnia 22 października 1986 r. w sprawie 75/84 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1986:399.

Wyrok Trybunału z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-59/08 *Copad SA przeciwko Christian Dior couture SA, Vincent Gladel i Société industrielle lingerie (SIL)*, ECLI:EU:C:2009:260.

Wyrok Trybunału z dnia 25 listopada 1971 r. w sprawie C-22/71 *Béguelin Import Co. przeciwko S.A.G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113.

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

Wyrok Trybunału z dnia 25 października 1983 r. w sprawie C-108/82 *AEG Telefunken przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:C:1983:293.

Wyrok Trybunału z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-306/96, *Javico International i Javico AG przeciwko Yves Saint Laurent Parfums SA*, ECLI:EU:C:1998:173.

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

Wyrok Trybunału z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

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

Wyrok Trybunału z dnia 4 maja 1999 r. w sprawach połączonych C-108/97 i C-109/97 Windsurfing Chiemsee Produktions – und Vertriebs GmbH (WSC) przeciwko Boots – und Segelzubehör Walter Huber i Franz Attenberger, ECLI: ECLI:EU:C:1999:230.

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

Wyrok Trybunału z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych C-100 do 103/80 SAMusique Diffusion Française i inni przeciwko Komisji, ECLI: ECLI:EU:C:1983:158.

Wyrok Trybunału z dnia 9 lipca 1969 r. w sprawie 5-69 Franz Völk przeciwko S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, ECLI:EU:C:1969:35.

Opinie Rzeczników Generalnych

Opinia Rzecznika Generalnego J. Mazáka w sprawie Pierre Fabre, ECLI:EU:C:2011:113.

Opinia Rzecznika Generalnego M. Wathelet w sprawie Toshiba, ECLI:EU:C:2015:427.

Opinia rzecznika generalnego N. Wahl w sprawie Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:603.

Opinia Rzecznika Generalnego V. Trstenjak w sprawie BIDS, ECLI:EU:C:2008:467.

Decyzje Komisji

Decyzja Komisji z dnia 11 stycznia 1991 r. w sprawie IV/31.624 Vichy, Dz. Urz. EWG L 75/57 z 21.3.1991 r.

Decyzja Komisji z dnia 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 SABA, Dz. Urz. EWG L 28/19 z 3.2.1976 r.

Decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1985 r. w sprawie IV/30.665 Villeroy & Boch, Dz. Urz. EWG L 376/15 z 31.12.1985 r.

Decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1991 r. w sprawie V/33.242 Yves Saint Laurent Parfums, Dz. Urz. EWG L 12/24 z 18.1.1992 r.

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

Decyzja Komisji z dnia 17 grudnia 1986 r. w sprawie IV/31.428 do 31.432 Yves Rocher, Dz. Urz. WE nr L 8/49 z 10.01.1987 r.

decyzja Komisji z dnia 18 kwietnia 1984 r. w sprawie IV/30.849 IBM, Dz. Urz. EWG L 118/ 24 z 04.05.1984 r.

Decyzja Komisji z dnia 2 grudnia 1988 r. w sprawie IV/31.697 Charles Jourdan, Dz. Urz. WE nr L 35/31 z 07.02.1989 r.

Decyzja Komisji z dnia 21 grudnia 1976 r. w sprawie IV/571 Junghans, Dz. Urz. EWG L 30/10 z 02.02.1977 r.

Decyzja Komisji z dnia 27 lipca 1992 r. w sprawach IV/32.800 oraz IV/33.335 Quantel International – Continuum/Quantel SA, Dz. Urz. WE L 235/9 z 18.08.1992 r.

Decyzja Komisji z dnia 29 września 2004 r. w sprawie COMP/C.37.750/B2 Brasseries Kronenbourg, Brasseries Heineken, Dz. Urz. UE L 184/57, 15.07.2005 r.

Orzeczenia sądów krajowych

Postanowienie Bundesgerichtshof z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie KVZ 41/17.

Postanowienie Oberlandesgericht Frankfurt z dnia 19 kwietnia 2016 r. w sprawie 11 U 96/14.

Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 4 listopada 2003 r. w sprawie KZR 2/02 (Depotkosmetik im Internet).

Wyrok Cour D'appell de Paris z dnia 16 października 2007 r. w sprawie 2006/17900 (Festina).

Wyrok Cour D'appell de Paris z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie 16/02263 (Coty France).

Wyrok Cour D'appell de Paris z dnia 31 stycznia 2013 r. w sprawie 2008/23812.

Wyrok Kammergericht Berlin z dnia 29 września 2013 r. w sprawie 2 U 8/09.

Wyrok Landgericht Berlin z dnia 21 kwietnia 2009 r. w sprawie 16 O 729/07.

Wyrok Landgericht Frankfurt am Main z dnia 18 czerwca 2014 r. w sprawie Az. 2-03 O 158/13.

Wyrok Landgericht Mannheim z dnia 14 marca 2008 r. w sprawie 7 O 263/07 Kart.

Wyrok Landgericht München z dnia 24 czerwca .2008 r. w sprawie 33 O 22144/07.

Wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie Az. VI-U (Kart) 11/13.

Wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie VI-Kart 13/15.

Wyrok Oberlandesgericht Frankfurt z dnia 22 grudnia 2012 r. w sprawie 11 U 84/14.

Wyrok Oberlandesgericht Frankfurt z dnia 22 grudnia 2015 r. w sprawie 11 U 84/14.

Wyrok Oberlandesgericht Karlsruhe z dnia 25 listopada 2009 w sprawie 6 U 47/08.

Wyrok Oberlandesgericht München z dnia 2 lipca 2009 r. w sprawie U (K) 4842/08.

Wyrok Oberlandesgericht Schleswig-Holstein z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie 16 U 154/13.

Wyrok Supreme Court of the United States z dnia 23 czerwca 1977 r. w sprawie Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36.

Wyrok Tribunal de Grande Instance de Strasbourg z dnia 8 stycznia 2008 r. w sprawie 1 A 08/00927 (Brandelley).

Decyzje i inne dokumenty krajowych organów do spraw ochrony konkurencji

Autoriteit Consument & Markt, Sectorscan signalen internetverkoop, 2009.

Bundeskartellamt, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, 2013.

Decyzja Autorité de la concurrence n° 12-D-23 z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie Bang & Olufsen.

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

Decyzja Bundeskartellamt z dnia 27 czerwca 2014 r. w sprawie B3-137/12 – Adidas.

Decyzja Competition & Markets Authority z dnia 24 sierpnia 2017 r. w sprawie 50230 – Ping Europe Ltd.

Decyzja Le Conseil de la concurrence n° 06-D-24 z dnia 24 lipca 2006 r.

Decyzja Le Conseil de la concurrence n° 07-D-07 z dnia 8 marca 2007 r.

Decyzja Office of Fair Trading (poprzednik CMA) z dnia 5 sierpnia 2013 r. w sprawie CE/9578-12 – Roma Medical Aids Ltd.

Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 13 grudnia 2011r., Bundeskartellamt stellt sicher: Hochwertige Sanitärarmaturen im Internet erhältlich, Sprawa B5-100/10 – Dornbracht.

Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 23 grudnia 2013 r., Sprawa B7-11/13 – BSH.

Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 5 grudnia 2013 r., Sprawa B5-144/13 – Gardena.

Raport Autorité de la concurrence, Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

Źródła internetowe

A. Coad, N. Duch Brown, Raport Barriers to European Cross-border e-Commerce, <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc105675.pdf>, data dostępu 19.05.2018 r.

C. Caffara, K. Kuhn, Selevtive Distribution of Luxury Goods in the Age of E-commerce, An Economic Report for Channel, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_online_commerce/chanel_report.pdf, data dostępu 15.05.2018 r.

CMA, Digital comparison tools market study, <https://www.gov.uk/cma-cases/digital-comparison-tools-market-study>, data dostępu 15.05.2018 r.

Dane Eurostat dotyczące wykorzystywania technologii informacyjnych i komunikacyjnych przez gospodarstwa domowe i osoby fizyczne, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals, data dostępu 19.05.2018 r.

European Ecommerce Report, <https://www.ecommerce-europe.eu/press-item/european-ecommerce-report-2017-released-ecommerce-continues-prosper-europe-markets-grow-different-speeds/>, data dostępu 19.05.2018 r.

Eurostat, Dane statystyczne dotyczące gospodarki cyfrowej i społeczeństwa cyfrowego – gospodarstwa domowe i osoby fizyczne, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals/pl&oldid=350814, data dostępu 19.05.2018 r.

Eurostat, E-commerce statistics, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics, data dostępu 18.05.2018 r.

Flash Eurobarometer 397: Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection, https://data.europa.eu/euodp/pl/data/dataset/S2031_397_ENG, data dostępu 19.05.2018 r.

Flash Eurobarometer 413: Companies engaged in online activities, https://data.europa.eu/euodp/data/dataset/S2058_413_ENG, data dostępu 19.05.2018 r.

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html, data dostępu 05.05.2018 r.

<https://ec.europa.eu/eurostat>, data dostępu 19.05.2018 r.

<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/eugh-urteil-zum-online-handel-das-urteil-wird-noch-geprueft/20677236-2.html>, data dostępu 30.04.2018 r.

https://www.pi.gov.pl/PARP/chapter_86197.asp?soid=0374ECD76CD142E19588D-834CEB7AB4F, data dostępu 19.05.2018 r.

https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_pl, data dostępu 18.05.2018 r.

https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Od358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/C_Mahlstein-Mar-09_1_.pdf, data dostępu 15.05.2018 r.

<https://www.d-kart.de/the-coty-case-first-comments/>, data dostępu 30.04.2018 r.

Komunikat prasowy TSUE nr 132/17 z 6 grudnia 2017 r. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170132pl.pdf>, data dostępu 25.04.2018 r.

Mystery shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European digital single market, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8bde2f8d-0251-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>, data dostępu 19.05.2018 r.

Uwagi Amazon EU Sàrl przedstawione w ramach badania sektora handlu elektronicznego przeprowadzanego przez Komisję, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/e_commerce_files/amazon_eu_en.pdf, data dostępu 15.05.2018 r.

Uwagi eBay przedstawione w ramach badania sektora handlu elektronicznego przeprowadzanego przez Komisję, Response to the Public Consultation on the European Commission's Review of the Vertical Restraints Regulation and Guidelines https://www.ebaymainstreet.com/sites/default/files/eBay_Vertical-Restraints.pdf, data dostępu 15.05.2018 r.

Notatki

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza publikacja zwyciężyła w konkursie na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konkurencji w 2018 roku.

Jakub Sadurski – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Szkoły Prawa Niemieckiego przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

„Na uznanie zasługuje znakomicie dobrana literatura, w tym uwzględnienie w niej publikacji obcojęzycznych, oraz staranny dobór relewantnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.”

Z recenzji prof. UW dr. hab. Roberta Grzeszczaka

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

pl. Powstańców Warszawy 1 < 00-950 Warszawa

tel.: 22 55 60 800 < uokik@uokik.gov.pl

www.uokik.gov.pl

ISBN 978-83-64681-15-8