

Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Pojęcie antykonkurencyjności porozumień w świetle kryterium celu lub skutku porozumień oraz celu prawa konkurencji
- III. Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży jako porozumienie zakazane ze względu na cel
- IV. Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży jako porozumienie zakazane ze względu na skutek
- V. Zakończenie

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest ocena zasadności uznawania przez organy antymonopolowe wertykalnych porozumień w zakresie narzucania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży za zakazane *per se* ze względu na cel oraz możliwości przeformułowania zasad oceny tego rodzaju porozumień z punktu widzenia ich pozytywnych skutków na rynku. Ocena zostanie przeprowadzona poprzez analizę pojęcia antykonkurencyjności porozumień w świetle kryterium celu lub skutku porozumień oraz celu prawa konkurencji. Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że w przypadku wertykalnych porozumień cenowych w zakresie narzucania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży nie jest możliwe przyjęcie z góry założenia, że porozumienia te mają antykonkurencyjny cel i przez sam fakt ich zawarcia zostaje naruszone prawo. Z uwagi na istnienie możliwych pozytywnych skutków tych porozumień, konieczne wydaje się przeprowadzenie głębszej oceny ich antykonkurencyjności z poziomu przesłanki skutku porozumień.

Słowa kluczowe: cel lub skutek; porozumienia; narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży; cel prawa konkurencji; dobro konsumenta.

I. Wprowadzenie

Prawnokonkurencyjna ocena wertykalnych porozumień cenowych pomiędzy dostawcami i odbiorcami polegających na narzucaniu przez tych pierwszych sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży stosowanych przez tych drugich w relacjach z ich klientami stanowi od lat przedmiot kontrowersji i dyskusji. Spory dotyczą przede wszystkim kwestii sposobu czy też metodologii dokonywania oceny tych porozumień z punktu widzenia zakazu zawierania tzw. antykonkurencyjnych porozumień, o którym mowa, na poziomie polskiego prawa konkurencji w art. 6 ust. 1 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie

* Autor jest prawnikiem w kancelarii prawnej SDZLEGAL SCHINDHELM we Wrocławiu.

konkurencji i konsumentów¹ oraz na poziomie prawa konkurencji Unii Europejskiej w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej².

Z uwagi na fakt, iż antykonkurencyjność zakazanych porozumień została zdefiniowana w oparciu o kryterium celu lub skutku, ocena każdego porozumienia, a więc także wertykalnego porozumienia cenowego w zakresie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży, odbywa się poprzez określenie, czy porozumienie to może być zakwalifikowane jako porozumienie zakazane ze względu na cel czy jako porozumienie zakazane ze względu na skutek.

Jak dowodzi praktyka organów antymonopolowych w Polsce i w UE, przypadki zawarcia wertykalnych porozumień cenowych w zakresie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży kwalifikuje się jako porozumienia zakazane ze względu na cel, co zwalnia organy antymonopolowe z konieczności analizy skutków tego typu porozumień. Rodzi się jednak pytanie, czy w świetle zasad prawnokonkurencyjnej oceny zachowań takie podejście jest słuszne i czy nie należałoby dokonać przeformułowania tezy o antykonkurencyjności tego rodzaju porozumień z uwagi na cel w stronę antykonkurencyjności z uwagi na skutek.

Punktem wyjścia udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie jest zdefiniowanie pojęcia antykonkurencyjności w świetle kryterium celu lub skutku, które rozpatrywać należy z uwzględnieniem celu prawa konkurencji.

II. Pojęcie antykonkurencyjności porozumień w świetle kryterium celu lub skutku porozumień oraz celu prawa konkurencji

Kryterium **celu lub skutku** porozumień ma podstawowe znaczenie dla uznania danego porozumienia za objęte zakazem antykonkurencyjnych porozumień, a w konsekwencji dla prawidłowego rozgraniczenia zakresów dopuszczalności tego rodzaju zachowań rynkowych przedsiębiorców.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa konkurencji, tak na poziomie prawa polskiego, jak i prawa UE, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest oddziaływanie na konkurencję poprzez jej eliminację, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób.

Antykonkurencyjny cel utożsamiany jest z przedmiotem porozumienia, który został uzgodniony między uczestnikami porozumienia, niezależnie od ich subiektywnego zamiaru³. Zgodnie z przyjętym powszechnie orzecznictwem, tak rozumiany cel (przedmiot) porozumienia należy odnieść do kontekstu faktycznego, w którym dochodzi od zawarcia porozumienia, tj. uwzględnić takie czynniki jak rodzaj produktów, pozycję stron na rynku, długość trwania porozumienia⁴. Zgodnie z zasadami ujmowania celu w świetle reguł prawa konkurencji, cel poddany jest dwuetapowej analizie, która w pierwszej kolejności zasadza się na ustaleniu, czy antykonkurencyjny cel nie wynika z samej treści porozumienia, względnie w razie braku możliwości ustalenia treści, z zachowania stron na rynku.

Jeżeli już sama treść porozumienia, względnie zachowanie stron na rynku wskazuje na istnienie antykonkurencyjnego celu, wystarczające jest uznanie porozumienia za zakazane (taka

¹ Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.; dalej jako **uokik z 2007 r.** Art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r. stanowi: „Zakazane są porozumienia, których **celem lub skutkiem** jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym”.

² Dz. Urz. WE C 115/1; dalej jako **TFUE**. Art. 101 ust. 1 TFUE: „Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których **celem lub skutkiem** jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”.

³ A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H.Beck 2009, s. 379.

⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej; dalej **TSUE**) z 30.06.1966 r. w sprawie C-56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, pkt 250.

sytuacja ma miejsce w przypadku najcięższych porozumień ograniczających konkurencję)⁵. **Jeżeli zaś z treści porozumienia nie wynika istnienie antykonkurencyjnego celu, wówczas badany jest kontekst porozumienia w odniesieniu do którego organy antymonopolowe analizują na ile prawdopodobnym jest, że w badanym kontekście konkurencja mogła zostać ograniczona**⁶.

Jeżeli z treści (istoty) porozumienia (np. zapisu umowy, zachowania stron na rynku) oraz kontekstu nie wynika, że porozumienie może ograniczać konkurencję, wówczas powstaje konieczność odniesienia się do analizy porozumienia na podstawie kryterium skutku. Kryterium antykonkurencyjnego skutku z kolei należy odnieść do oceny potencjalnego lub rzeczywistego wpływu porozumienia na sytuację rynkową w jej kontekście ekonomicznym. Jak stwierdza Komisja Europejska, oceny skutków porozumienia dokonywać należy „w odniesieniu do faktycznego kontekstu prawnego i gospodarczego, w którym miałyby miejsce konkurencja w przypadku braku porozumienia wraz z jego wszystkimi domniemanymi ograniczeniami (tj. w sytuacji braku porozumienia w postaci istniejącej, jeżeli zostało już wdrożone, lub planowanej, jeżeli nie zostało jeszcze wdrożone, w momencie dokonywania oceny)⁷.” **Jeżeli dane zachowanie podmiotów może prowadzić lub prowadzi do zachwiania sytuacji rynkowej w sposób odbiegający od warunków zwykle na rynku panujących, wówczas podlega ono zakazowi porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na skutek.**

O tym czy cel lub skutek przesądza o zawarciu przez przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia decyduje jego antykonkurencyjny potencjał. Jak bowiem wynika wprost z przepisów prawa konkurencji, zakaz antykonkurencyjnych porozumień dotyczy wyłącznie tych porozumień, których cel lub skutek ma określone przełożenie na konkurencję. To właśnie ten **antykonkurencyjny potencjał stanowi o antykonkurencyjności porozumienia z punktu widzenia celu tego porozumienia lub skutku.**

Aby zatem rozstrzygnąć, kiedy porozumienie posiada antykonkurencyjny cel lub skutek konieczne jest wskazanie w jaki sposób ta antykonkurencyjność powinna być ujmowana. To z kolei powoduje naturalną konieczność odwołania się wprost do celu prawa konkurencji, który wyznacza znaczeniową treść pojęcia „antykonkurencyjności” zachowań.

W początkowej fazie rozwoju prawa konkurencji dominującą koncepcją celu prawa konkurencji była ochrona konkurencji w znaczeniu procesu rywalizacji rynkowej przedsiębiorców, którzy w wolny i niezależny od siebie sposób podejmują decyzje rynkowe⁸. W tym ujęciu to konkurencja jako obszar walki rynkowej stanowiła cel sam w sobie, zaś jakiegokolwiek przejawy ograniczenia tej konkurencji poprzez wpływ jednych przedsiębiorców na zachowania innych stanowiły przejaw niedozwolonych działań⁹. Takie ujęcie sprzyjało również ugruntowaniu formalistycznej oceny zachowań rynkowych przedsiębiorców, która zasadzała się bardziej na ocenie celu porozumienia z punktu widzenia konkurencji rozumianej jak powyżej, niż skutku.

⁵ Wyrok TSUE z 8.11.1983 r. w sprawach połączonych 96-102, 104, 105, 108 i 110/82, *NV IAZ International Belgium i inni v Komisja Europejska*, pkt 23 i 25.

⁶ Wyrok TSUE z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd* oraz glosa do wyroku: D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE*, Europejski Przegląd Sądowy, sierpień 2009.

⁷ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. WE 2011 C11/1), pkt 29.

⁸ Koncepcja ta ukształtowała się pod silnym wpływem nurtu ordoliberalnego, który konkurencję utożsamiał z wolnością i równością gospodarczą; por. W. Möschel, *Competition policy from an ordo point of view* [w:] A. Peacock, H. Willgerodt (ed.), *German neo-liberals and the social market economy*, London Macmillan 1989.

⁹ Por. zwłaszcza wyrok ETS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach 56/64 i 58/64 *Établissements Consten S.A.R.L. oraz Grundig-Verkaufs-GmbH v. Komisja Europejska*.

Wraz z postępującą złożonością procesów rynkowych oraz wyzwaniem, przed którymi stawali przedsiębiorcy, coraz częściej dochodziło do sytuacji, w której przedsiębiorcy podejmowali współpracę, niekoniecznie w celu wyeliminowania konkurencji, ale jej stymulowania. Coraz częściej organy ochrony konkurencji zaczęły uwzględniać kontekst faktyczny i ekonomiczny, w którym dochodziło do nawiązywania przez przedsiębiorców współpracy i z tego punktu widzenia dokonywać analizy antykonkurencyjności zachowań. Przyjęcie takiego podejścia spowodowało przeniesienie ciężaru oceny porozumień z oceny nakierowanej na cel na ocenę z poziomu potencjalnego lub rzeczywistego skutku. Już w 1991 roku TRUE przyznał w wyroku w sprawie *Delimitis*, że „konieczna jest analiza skutków, jakie porozumienie [...], w porównaniu z innymi umowami podobnego rodzaju, wywiera w zakresie możliwości uzyskania przez konkurentów funkcjonujących na rynku krajowym lub na rynkach innych Państw Członkowskich dostępu do rynku sprzedaży piwa lub większych udziałów rynkowych i w konsekwencji ocena skutków [jakie porozumienie – przyp. aut.] wywiera w sferze produktów oferowanych konsumentom”¹⁰. Przejściu na poziom oceny skutków towarzyszył proces „ekonomizacji” prawa konkurencji. Skoro bowiem prawo konkurencji powinno uwzględniać również skutki porozumień, to organy stosujące to prawo muszą dysponować odpowiednimi narzędziami ekonomicznymi, w oparciu o które skutek ten zostanie oceniony z punktu widzenia antykonkurencyjności zachowań¹¹.

Procesowi formowania się tego rodzaju podejścia, określanego współcześnie jako podejście w oparciu o skutek (*effects-based approach*), towarzyszyła zmiana definicji celu prawa konkurencji. Celem prawa konkurencji przestała bowiem być konkurencja jako wartość sama w sobie. Celem tym stała się ochrona pewnych wartości prawno-ekonomicznych, do których skuteczna (efektywna) konkurencja ma prowadzić.

Spośród wartości, które prawo konkurencji chroni, na plan pierwszy wysuwa się **dobro konsumenta**. To właśnie przez pryzmat dobra konsumenta oceniana jest ekonomiczna efektywność rynkowa w znaczeniu efektywności alokacyjnej, produkcyjnej oraz dynamicznej, spośród których ta pierwsza – jako gwarantująca optymalny efekt rozdziału dóbr pomiędzy poszczególnych uczestników rynku – ma podstawowe znaczenie z punktu widzenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień¹².

Finalnym **celem prawa konkurencji stało się zatem zagwarantowanie takiego poziomu efektywności rynkowej, aby poszczególni odbiory towarów i usług, w szczególności zaś odbiorcy końcowi mogli w pełni korzystać z wartości uzyskiwanych dzięki konkurencji** (np. wzrost produkcji i sprzedaży, obniżka kosztów cen, postęp techniczny, zwiększenie efektywności gospodarowania). Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Unii Europejskiej (**Sądu**)¹³ „celem przypisanym art. 81 ust. 1 TWE, [...] jest uniknięcie tego, że przedsiębiorstwa, ograniczając konkurencję między sobą nawzajem lub między sobą a osobami trzecimi zmniejszają dobrobyt konsumenta końcowego przedmiotowych produktów”¹⁴.

Takie ujęcie celu prawa konkurencji odpowiada aktualnemu znaczeniu interesu publicznego, który zgodnie z art. 1 uokik z 2007 r. stanowi dla polskiego organu antymonopolowego przesłankę stosowania przepisów prawa konkurencji. Potwierdzeniem tego jest w szczególności wyrok Sądu

¹⁰ Wyrok TSUE z 28.02.1991 r. w sprawie C-234/88 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, pkt. 15.

¹¹ Wyraźne odniesienie do analiz ekonomicznych zawierają wytyczne wydawane w ostatnim czasie przez Komisję Europejską, a w szczególności Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. WE 2011 C11/1) oraz Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. WE 2010 C130/1); dalej jako: **Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych**.

¹² O. Odudu, *Interpreting article 81 (1): the object requirement revisited*, *European Law Review*, 26, 2001, s. 383.

¹³ Obecnie Sąd Unii Europejskiej (dalej jako **Sąd**), poprzednio Sąd Pierwszej Instancji (SPI).

¹⁴ Wyrok Sądu z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt 118.

Najwyższego z 2006 r., zgodnie z którym „ograniczenie konkurencji pojawia się wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do wywołania odmiennych skutków, jak np. obniżenie wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienie cen lub ograniczenie zakresu wyboru z jakiego korzysta konsument. Tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane i surowo ukarane”¹⁵. Oznacza to, że również na poziomie polskiego prawa konkurencji konkurencja związana jest z ekonomiczną efektywnością zachowań i powinna być chroniona wyłącznie w takim zakresie, w jakim ekonomiczna efektywność wiąże się z wywołaniem określonych, pozytywnych skutków dla odbiorców towarów i usług¹⁶.

Skoro zatem jak stwierdził Philip Lowe, b. Dyrektor Generalny Sekcji ds. Konkurencji w Komisji Europejskiej „konkurencja nie jest celem sama w sobie, lecz stanowi narzędzie służące realizacji konkretnego celu związanego z istnieniem interesu publicznego, jakim jest dobro konsumenta”¹⁷, zaś dominującym modelem analizy antykonkurencyjności staje się model prawno-ekonomiczny wynikający z przyjęcia podejścia skutkowego, należy zastanowić się jak to ujęcie antykonkurencyjności wpisuje się w analizę wertykalnych porozumień cenowych w zakresie narzucania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży.

III. Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży jako porozumienie zakazane ze względu na cel

Dokonując oceny zgodności danego zachowania przedsiębiorców z prawem konkurencji, organy antymonopolowe w pierwszej kolejności stosują kryterium antykonkurencyjnego celu, odwołując się do trzech podstawowych parametrów, tj. treści porozumienia, zachowania stron na rynku oraz prawnego i ekonomicznego kontekstu. Każdy z tych parametrów jest badany osobno, przy czym ustalenie antykonkurencyjności na podstawie jednego z nich wystarcza do uznania, że porozumienie narusza prawo. Jeżeli zatem antykonkurencyjny cel zostanie stwierdzony w oparciu o analizę treści porozumienia, nie jest konieczne badanie faktycznego i ekonomicznego kontekstu porozumienia¹⁸.

Co istotne jednak, aby można było stwierdzić istnienie antykonkurencyjnego celu porozumienia w oparciu o powyższe podstawy, **treść porozumienia i jego kontekst muszą wskazywać, że ograniczenie konkurencji stanowi nieuniknioną, immanentną konsekwencję zawarcia porozumienia**¹⁹. Innymi słowy, w świetle treści i kontekstu porozumienia obiektywną i oczywistą konsekwencją zawarcia porozumienia jest określony, **negatywny wpływ na konkurencję**²⁰.

Odnosząc powyższe ujęcie analizy celu porozumień do obowiązującego prawno-ekonomicznego ujęcia celu prawa konkurencji, należałoby **stwierdzić, że do grupy porozumień zakazanych ze względu na cel powinny należeć te porozumienia, których oczywistą konsekwencją jest zmniejszenie efektywności ekonomicznej rynków ze szkodą dla dobra konsumenta**²¹.

¹⁵ Wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06.

¹⁶ D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa.....*, s. 43 i 52.

¹⁷ P. Loewe, *Preserving and promoting competition: a European response*, EC Competition Policy Newsletter, nr 2, 2006, s. 1.

¹⁸ Wyrok TSUE z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, pkt 27.

¹⁹ D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji.....*, s. 55.

²⁰ D. Hildebrand, *The role of economic analysis in the EC competition rules*, Haga 1998, s.35.

²¹ Jak wskazuje Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) „*uznawanie porozumień za zakazane z uwagi na cel jest właściwe tylko w odniesieniu do porozumień, które niemal zawsze naruszają konkurencję*”. OECD, *Competition policy and efficiency claims in horizontal agreements*, OECD/GD (96) 65, 2008, s. 37

Jak wynika z utrwalonej praktyki decyzyjnej i orzeczniczej organów antymonopolowych, niektóre porozumienia stanowią na tyle istotne ograniczenie konkurencji, że niejako automatycznie podlegają zakazowi porozumień ograniczających konkurencję. Zastrzeżenie to dotyczy, w szczególności horyzontalnych porozumień cenowych, kontyngentowych oraz podziałowych (porozumienia typu *hard core*). W odniesieniu do tego rodzaju porozumień, przyjmuje się, że z samej swej istoty mają one antykonkurencyjny cel i dlatego nie jest konieczna analiza ich skutków²². Innymi słowy, **w przypadku tych porozumień ich cel ma tak silny potencjał antykonkurencyjny, że nie zachodzi konieczność przeprowadzania szczegółowej analizy skutków, których istnienie w tym zakresie można domniemywać z uwagi właśnie na sam cel**²³.

Analogiczna zasada znajduje zastosowanie do porozumień zawieranych pomiędzy dostawcą i odbiorcą (dystrybutorem) w zakresie narzucania przez dostawcę minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży stosowanych przez dystrybutora. „Ustalenie ceny, nawet takiej, która ma jedynie charakter rekomendacji ogranicza konkurencję, ponieważ umożliwia wszystkim uczestnikom rynku przewidzieć z dużym stopniem prawdopodobieństwa, jaka będzie polityka cenowa ich konkurentów, zwłaszcza jeśli istnieje możliwość przeprowadzania kontroli i pociągnięcia do odpowiedzialności za ich niestosowanie”²⁴. Organy antymonopolowe oraz sądy wychodzą z założenia, że dla uznania, że porozumienia narzucające minimalną lub sztywną cenę odsprzedaży są niedozwolone „nie jest konieczne wykazanie skutków w postaci rzeczywistego wpływu na konkurencję, gdyż **z samej natury takich porozumień wynika ich cel w postaci zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na rynku właściwym** [podkreśl – aut.]”²⁵. Jak dowodzi Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów „porozumienia dotyczące ustalania cen są antykonkurencyjne ze względu na samą swoją istotę”, a „dla stwierdzenia [...] praktyki decydujące znaczenie ma sam fakt ustalenia cen”²⁶.

W przypadku wertykalnych porozumień cenowych polegających na narzucaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, organy antymonopolowe również przyjmują swego rodzaju domniemanie o istnieniu **na tyle silnego antykonkurencyjnego potencjału porozumień, że sam cel zawarcia porozumienia uzasadnia jego negatywną ocenę**. Jak wskazał Sąd Najwyższy jeszcze w 2003 r. „narzucanie [...] ceny odsprzedaży [...] ściśle według cennika jest niedozwoloną ingerencją w [...] samodzielność handlową, która usprawiedliwia uznanie jej za praktykę monopolistyczną [...]. Należy ona do grupy praktyk, określanych w piśmiennictwie mianem porozumień wertykalnych, na podstawie których producent zapewnia sobie kontrolę rynku poprzez wyznaczanie sprzedawcy ceny, po jakiej ten ma sprzedawać jego wyroby. **Prowadzi to do zakłóceń naturalnych mechanizmów rynkowych, kształtowanych prawami podaży i popytu, pozbawiając sprzedawcę możliwości indywidualizacji cen. Antykonkurencyjne ostrze takich praktyk jest więc oczywiste** [podkreśl. – aut.]”²⁷.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa i praktyki decyzyjnej polskiego organu antymonopolowego oraz sądów, **standardem powszechnie przyjmowanym w toku prawnokonkurencyjnej analizy stało się przekonanie o „oczywistości” antykonkurencyjnego charakteru wertykalnych porozumień cenowych w zakresie narzucania sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży jako**

²² Wyrok SOKiK z 9.11. 2006 r., XVII Ama 68/05.

²³ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, Oxford 2004, s 158.

²⁴ Wyrok TSUE z 17.10.1972 r. w sprawie C-8/72 *Vereeniging van Cementhandelaren przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt 21.

²⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9.10.2009 r., VI ACa 86/09.

²⁶ Decyzja Prezes UOKiK z 24.05.2010 r., DOK1-410/2/06/AS, pkt 326 i 328.

²⁷ Wyrok SN z 16.01.2003 r., I CKN 1200/00.

stanowiącej wystarczającą podstawę objęcia tych porozumień zakazem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik z 2007 roku.

Zgodnie z oceną przeprowadzoną w decyzji Prezesa UOKiK „jeżeli [...], wskutek zawarcia porozumienia sprzedawca uzyskał możliwość wpływania na strategie rynkowe przedstawicieli handlowych, poprzez narzucanie im cen odsprzedaży towarów ściśle wg cennika (tj. wg cen sztywnych), a ci możliwość, przynajmniej teoretyczną, przewidywania, ze znacznym prawdopodobieństwem i wyprzedzeniem, wysokości cen stosowanych przez konkurentów dystrybuujących te same produkty, to praktykę tę należy uznać za niedozwoloną ingerencję w te decyzje uczestnika sieci, które powinny i muszą pozostać w sferze jego swobodnego wyboru, bowiem tylko w takim wypadku, gdy żaden z podmiotów funkcjonujących na określonym rynku nie jest pewien decyzji cenowych konkurentów, można mówić o regulacyjnej roli rynku i swobodzie konkurencji (tu: wewnątrzmarkowej)”²⁸. Identyczny tok argumentacji przyjmowany był i jest w pozostałych (licznych) decyzjach Prezesa UOKiK dotyczących minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży, w których polski organ antymonopolowy utrzymuje niezmiennie, że tego rodzaju porozumienia (i) poprzez stworzenie po stronie dystrybutorów mechanizmu, który umożliwiałyby im wzajemne przewidzenie cen odsprzedaży konkurentów eliminują niepewność zachowań cenowych pomiędzy dystrybutorami na danym rynku oraz ograniczają możliwość reagowania przez danego dystrybutora na impulsy rynkowe, (ii) sprzyjają kształtowaniu się na rynku przejrzystości cen odsprzedaży, (iii) powodują rezygnację z rywalizacji cenowej na poziomie dystrybucji, oraz (iv) ograniczają rywalizację wewnątrzmarkową pomiędzy dystrybutorami w odniesieniu do towarów tego samego dostawcy²⁹. W konsekwencji, **już samo ustalenie cen, które stanowi cel danego porozumienia wpływa na konkurencję gdyż umożliwia uczestnikom takiego porozumienia przewidzieć ruchy cenowe swoich konkurentów na danym rynku**³⁰.

Odnosząc się do sposobu i metodologii prawnokonkurencyjnej analizy omawianych porozumień cenowych należy podnieść, że o ile wskazane wyżej wnioski co do potencjalnych lub rzeczywistych skutków porozumień mogą mieć swoje uzasadnienie z uwagi na właściwości jakie wiążą się z oddziaływaniem wertykalnych porozumień w zakresie narzucania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, o tyle z całą mocą trzeba podkreślić, że **tak określone właściwości powinny wprost wynikać z konkretnego rynkowego/ekonomicznego kontekstu, w jakim dochodzi do zawarcia porozumienia**, który z kolei definiuje antykonkurencyjny potencjał porozumienia z punktu widzenia celu prawa konkurencji, jakim jest ochrona określonych wartości prawno-ekonomicznych, w szczególności zaś efektywności ekonomicznej i dobra konsumenta.

Nie ulega wątpliwości, że narzucanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży może powodować poważne konsekwencje w zakresie oddziaływania na poszczególne wartości prawnokonkurencyjnej ochrony. Jak wskazuje KE w cyt. wyż. Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych narzucanie cen odsprzedaży może, w szczególności:

– „ułatwiać znowę między dostawcami przez zwiększanie przejrzystości cen na rynku, ułatwiając tym samym wykrycie, czy dostawca narusza równowagę znowy, obniżając ceny”,

²⁸ Decyzja Prezes UOKiK z 30.12.2010 r., RGD 31/2010.

²⁹ Decyzja Prezes UOKiK z 9.09.2010 r., RLU 17/2010; decyzja Prezes UOKiK z 27.09.2010 r., RLU 16/2010; decyzja Prezes UOKiK z 1.07.2011 r., RKT-16/2011; decyzja Prezes UOKiK z 20.12.2010 r., RKT-43/2010; decyzja Prezes UOKiK z 30.12.2010 r., RKT-48/2010; decyzja Prezes UOKiK z 12.08.2011 r., RKT-22/2011; decyzja Prezes UOKiK z 31.12.2007 r., RKT-79/2007; decyzja Prezes UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010; decyzja Prezes UOKiK z 31.12.2010 r., RBG-24/2010; decyzja Prezes UOKiK z 17.12.2010 r., RKT-42/2010; decyzja Prezes UOKiK z 8.07.2011 r., RLU 9/2011; decyzja Prezes UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010.

³⁰ Decyzja Prezes UOKiK z 9.09.2010 r., RLU 17/2010.

– „ułatwiać znowę między nabywcami, tj. na poziomie dystrybucji. Silni lub dobrze zorganizowani dystrybutorzy są w stanie zmusić lub przekonać jednego lub kilku dostawców do ustalenia cen odsprzedaży powyżej konkurencyjnego poziomu i w ten sposób umożliwić im osiągnięcie lub ustabilizowanie równowagi znowy”,

– „łagodzić konkurencję między producentami lub detalistami, zwłaszcza jeśli producenci wykorzystują tych samych dystrybutorów do dystrybucji swoich produktów i narzucanie cen odsprzedaży jest stosowane przez wszystkich lub wielu z nich”,

– „uniemożliwić sprawniej działającym detalistom wejście na rynek lub rozwinięcie działalności w odpowiedniej skali z niskimi cenami przez uniemożliwianie konkurencji cenowej między różnymi dystrybutorami”³¹.

Pojawia się jednak pytanie, **czy potencjał antykonkurencyjny, na który powołuje się polski organ antymonopolowy w cytowanych wyżej decyzjach oraz które wskazuje Komisja w swoich Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych można przewidzieć z góry, bez podejmowania bardziej szczegółowej analizy stanu faktycznego, która uwzględniałaby rzeczywistą ocenę porozumień na poziomie ich potencjalnych lub rzeczywistych skutków rynkowych?** Innymi słowy, czy tak jak ma to miejsce w przypadku innych porozumień zakazanych ze względu na cel, narzucanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży stanowi tego rodzaju zachowanie rynkowe przedsiębiorców, które **w sposób oczywisty** (niemal zawsze) prowadzi do zniekształcenia ekonomicznej efektywności ze szkodą dla dobra konsumenta z uwagi na stwierdzony potencjał antykonkurencyjny?

Jak wynika z pkt. 6 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych „jeżeli chodzi o większość ograniczeń wertykalnych, problemy w zakresie konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja na co najmniej jednym poziomie wymiany handlowej jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień władzy rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach. Ograniczenia wertykalne są zasadniczo mniej szkodliwe niż ograniczenia horyzontalne i mogą zapewnić znaczne pole do wzrostu efektywności”.

Jeżeli zatem przyjąć, że narzucanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży może stwarzać „**pole do wzrostu efektywności**”, co jak zostanie wskazane w pkt. IV może w zależności od danego kontekstu ekonomicznego i okoliczności faktycznych mieć miejsce, czy słuszne jest stwierdzenie Prezesa UOKiK, że już samo ustalenie minimalnych lub sztywnych cen prowadzi do zakłócenia konkurencji na rynku właściwym, a dla stwierdzenia antykonkurencyjności porozumienia decydujące znaczenie ma sam fakt ustalenia cen³²? W moim odczuciu na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej i odnieść się do **koncepcji oceny porozumień cenowych z punktu widzenia ich skutków, która – jak w przypadku innych rodzajów porozumień wertykalnych – pozwala na uwzględnienie w pełnym zakresie uwarunkowań towarzyszących danemu porozumieniu jako uzasadniających ocenę jego antykonkurencyjności lub braku tejże.**

Jak zostało wskazane powyżej o antykonkurencyjności porozumienia decydują okoliczności w jakich porozumienie w sposób potencjalny lub rzeczywisty może wpływać na określone wartości objęte prawnokonkurencyjną ochroną. Z tego punktu widzenia, nie można uznać za słuszne twierdzenia podnoszonego przez Prezesa UOKiK, że narzucanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży posiada na tyle antykonkurencyjną „naturę”, że już sam fakt zawarcia porozumienia w tym zakresie

³¹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 224.

³² Decyzja Prezes UOKiK z 24.05.2010 r., DOK1-410/2/06/AS.

rodzi potencjał antykonkurencyjny wyrażający się w szczególności poprzez ograniczenie rywalizacji cenowej pomiędzy dystrybutorami oraz zniekształcenie konkurencji wewnątrzmarkowej³³. O ile prawdą jest, że tego rodzaju potencjał w przypadku analizowanych porozumień może być zmaterializowany, o tyle **nie można się zgodzić, że potencjał w zakresie ograniczenia konkurencji cenowej ze szkodą dla wartości objętych prawnokonkurencyjną ochroną można i należy wywieść z samej istoty omawianych porozumień, zakładając z góry, że poprzez sam fakt zawarcia porozumienia powstaje określony potencjalny wpływ porozumienia na konkurencję.**

Podobnie jak w przypadku innych typów wertykalnych porozumień dla stwierdzenia antykonkurencyjności omawianych porozumień konieczna jest **ocena potencjalnych lub rzeczywistych skutków tych porozumień z uwzględnieniem poszczególnych czynników towarzyszących ich zawarciu, które mają istotne znaczenie dla określenia antykonkurencyjnego potencjału**, jak np. siła rynkowa przedsiębiorców będących stronami porozumienia czy charakter produktów, których dotyczy porozumienie. Dopiero uwzględnienie tych czynników w pełnym zakresie, nie zaś fakt zawarcia porozumienia może przesądzać o istnieniu określonego potencjału/skutku antykonkurencyjnego.

Z tego punktu widzenia, zarówno potencjalnie pozytywne skutki zachowań polegających na narzucaniu minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży, jak i istnienie określonych czynników towarzyszących zawarciu tego rodzaju porozumień może w danych okolicznościach przeczyć ocenie tych zachowań jako zakazanych ze względu na cel, a **uzasadniać ich ocenę na płaszczyźnie skutków.**

IV. Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży jako porozumienie zakazane ze względu na skutek

Wraz z postępującą ekonomizacją i pragmatyzacją prawa konkurencji, której wyrazem jest przyjmowanie coraz częściej przez organy antymonopolowe podejścia opartego o model prawno-ekonomicznej analizy w oparciu o ocenę potencjalnych lub rzeczywistych skutków porozumień (*effects-based approach*), w pełni uzasadnione jest pytanie, na ile/w jakim stopniu możliwe jest przyjmowanie tego modelu oceny antykonkurencyjności wertykalnych porozumień cenowych polegających na narzucaniu sztywnych i minimalnych cen odsprzedaży?

Punktem wyjścia do udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie jest wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w przełomowej sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*³⁴ uznający omawiane porozumienia, z uwagi na ich potencjalnie pozytywne skutki dla rynku, za objęte zakresem analizy dokonywanej w oparciu o tzw. „regułę rozsądku”, zgodnie z którą organy antymonopolowe powinny uwzględniać w toku prowadzonej analizy prokonkurencyjne skutki porozumień i w przypadku gdy bilansują/równoważą one potencjalnie negatywne skutki tych porozumień stwierdzić brak naruszenia przepisów prawa konkurencji zakazujących zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

We wskazanej wyżej sprawie, Leegin, producent wyrobów skórzanych, w celu zagwarantowania swoim dystrybutorom określonego poziomu marży, niezbędnej do świadczenia określonego rodzaju usług na rzecz konsumentów oraz w celu ochrony jakości swojej marki przed działaniami sklepów dyskontowych, podjął decyzję o zaprzestaniu sprzedaży swoich produktów dystrybutorom, którzy

³³ Decyzja Prezes UOKiK z 31.12. 2010 r., DOK-12/2010.

³⁴ Wyrok SN USA z 28.06.2007, 551 S.Ct 877 (2007).

odsprzedawaliby produkty po cenach dyskontowych poniżej określonego poziomu. Leegin stwierdził, że jeden z dystrybutorów, Kay's Kloset, naruszył poczynione ustalenia stosując ceny o 20% niższe od wskazanych przez Leegin. W konsekwencji *Leegin* zaprzestał dostarczać towary temu dystrybutorowi, czego efektem było złożenie przez *Kay's Kloset* pozwu przeciwko *Leegin* o naruszenie prawa konkurencji.

O ile sądy wszystkich niższych instancji twardo odrzucały wszelkie argumenty natury ekonomicznej o pozytywnych, prokonkurencyjnych skutkach tego rodzaju zachowania i zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą przyjmowały, że porozumienia cenowe w zakresie sztywnych/minimalnych cen odsprzedaży należy uznawać za zakazane *per se*³⁵, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził, że w świetle istniejących dowodów potwierdzających istnienie prokonkurencyjnych skutków tego rodzaju zachowań **brak jest argumentów, które – tak jak w przypadku innych porozumień zakazanych per se uzasadniałyby ocenę, że porozumienia dotyczące sztywnej/minimalnej ceny odsprzedaży zawsze lub prawie zawsze prowadzą do ograniczenia konkurencji.** Sąd Najwyższy, powołując się na istnienie potencjalnie pozytywnych skutków rynkowych, które w zależności od oceny kontekstu mogą ujawnić się na danym rynku, uznał że wskazane jest przeprowadzenie głębszej analizy omawianych porozumień w celu uwzględnienia tych skutków jako czynnika balansującego negatywne oddziaływanie na konkurencję zgodnie z zasadami „reguły rozsądku”. Jak sąd ów stwierdził, „uzasadnienie dla wertykalnych porozumień cenowych jest podobne jak w przypadku innych wertykalnych porozumień. Minimalne ceny odsprzedaży mogą stymulować konkurencję międzymarkową pomiędzy producentami sprzedającymi różne marki tego samego typu produktu, redukując jednocześnie wewnątrzmarkową konkurencję pomiędzy dystrybutorami sprzedającymi te same marki. Jest to o tyle ważne, że podstawowym celem prawa konkurencji jest ochrona konkurencji międzymarkowej. Pojedynczy producent, który stosuje wertykalne ograniczenie cenowe [...] może zachęcać dystrybutorów aby inwestowali w usługi lub podejmowali działania promocyjne, które pomogą producentowi we wzmocnieniu jego pozycji względem konkurentów. Zachowania cenowe producenta mogą stworzyć po stronie konsumentów więcej opcji wyboru pomiędzy produktami o niskiej cenie i niskim poziomie usług oraz produktami o wysokiej cenie i wysokim poziomie usług. [...] Utrzymywanie cen odsprzedaży może również wzmocniać konkurencję wewnątrzmarkową poprzez umożliwienie wejścia na rynek nowym podmiotom oraz nowym markom, stwarzając zachęty do świadczenia usług detalicznych przy sprzedaży”³⁶.

Z uwagi na istnienie pozytywnych skutków cenowych porozumień wertykalnych, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wskazał na konieczność szczegółowej analizy dodatkowych czynników towarzyszących tym porozumieniom celem uwzględnienia wszelkich możliwych skutków porozumień. Wśród tych czynników wymienił (i) liczbę producentów stosujących dane porozumienie – im większa jest liczba tych producentów tym większe jest ryzyko powstania zмовy cenowej, (ii) okoliczność kto był inicjatorem porozumienia – jeżeli inicjatorem porozumienia był dystrybutor większe staje się ryzyko, że faktycznym celem porozumienia jest zawiązanie zмовy cenowej, (iii) siłę rynkową po stronie producenta i/lub dystrybutora – im większy jest udział rynkowy producenta, tym większe ryzyko, że producent może poprzez stosowaną praktykę cenową zniechęcać dystrybutorów do sprzedaży towarów

³⁵ Wyrok SN USA z 3.04.1911, sprawa *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

³⁶ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, teza 1.

konkurentów, im większy jest udział dystrybutora w rynku, tym trudniej jest producentowi odmówić stosowania ceny minimalnej lub sztywnej poprzez skierowanie swojej oferty do innego dystrybutora³⁷.

Jak wskazuje Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, niezależnie od tego, że omawiane zachowania mogą wpływać negatywnie na rynek „**nie można w sposób pewny stwierdzić, że narzucanie cen odsprzedaży zawsze lub niemal zawsze ogranicza konkurencję i zmniejsza ilość dostępnych na rynku produktów** [podkr. – aut.]. W zależności od okoliczności zawarcia, wertykalne porozumienia cenowe mają albo skutki prokonkurencyjne albo skutki ograniczające konkurencję. [...] Zastosowanie reguły *per se* w tym przypadku może przynieść straty, prowadząc do wzrostu całkowitych kosztów działania systemu prawa konkurencji poprzez zakazywanie prokonkurencyjnych zachowań, do których system prawa konkurencji powinien zachęcać³⁸.”

Pomimo różnic w sposobie i metodologii oceny antykonkurencyjności porozumień występujących w USA i UE, podejście zaprezentowane przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych znalazło uznanie wśród przedstawicieli doktryny prawa konkurencji w Europie, którzy wprost stwierdzają, że „wprowadzenie generalnego zakazu porozumień [porozumień dotyczących narzucania minimalnej i sztywnej ceny odsprzedaży – przyp. aut.] jako zakazanych *per se* nie może zostać uznane za optymalizujące skutki rynkowe z punktu widzenia ekonomicznego, ponieważ oznaczałoby to, że wszystkie pozytywne skutki wynikające ze stosowania tych porozumień zostałyby uznane za zakazane lub musiałyby zostać uzyskane większym nakładem kosztów³⁹. Na konieczność, względnie możliwość uwzględnienia tych pozytywnych skutków omawianych porozumień w oparciu o prawno-ekonomiczne podejście (*effects-based approach*), które zwykle przyjmowane jest w stosunku do innych typów porozumień wertykalnych wskazują również przedstawiciele organów antymonopolowych niektórych państw UE (np. Hiszpanii, Węgier, Holandii czy Francji)⁴⁰.

Przechodząc do bliższej analizy skutków porozumień w zakresie narzucania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży należy wskazać na istnienie skutków tych porozumień, które mogą sprzyjać generowaniu efektywności ekonomicznej z korzyścią dla konsumenta.

Wśród pozytywnych skutków omawianych porozumień na plan pierwszy wysuwają się skutki wynikające z **wyeliminowania problemu „pasażera na gapę”**⁴¹. Najogólniej rzecz ujmując, problem ten wiąże się z niewłaściwą działalnością rynkową po stronie podażowej (dostawcy) lub popytowej (dystrybutora) i dotyczy, w szczególności tych rynków, w których oprócz ceny istotnymi parametrami rynkowej rywalizacji o klienta są działania przedsiębiorców w zakresie promocji, informacji i gwarantowania odpowiedniej jakości usług przed, jak i posprzedażowych⁴². Zastrzeżenie to dotyczy zwłaszcza rynków, w których opinia o produkcie jest najistotniejszym czynnikiem w kształtowaniu jego popytu oraz w których produkty mają określoną wartość⁴³. W przypadku takich rynków (np. rynki nowoczesnych technologii, rynki wysokiej klasy sprzętu elektronicznego) klient, w celu podjęcia decyzji zakupowej musi dysponować odpowiednim poziomem wiedzy na temat produktów i w oparciu o uzyskane informacje oszacować na ile cena towaru odpowiada jakości produktów.

³⁷ OECD Policy roundtables. Resale price maintenance, Competition Law & Policy 2008, DAF/COMP (2008) 37, s. 50.

³⁸ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, teza 3.

³⁹ R. Olbrich, C.C. Buhr, *Who benefits from the prohibition of resale price maintenance in European Competition Law?*, European Competition Law Review 2005, nr 26, ss. 705 i 712.

⁴⁰ OECD, Policy roundtables. Resale price maintenance, op. cit., s. 102, 103, 105, 139, 151, 179, 187.

⁴¹ OECD, Competition policy and efficiency claims..., op. cit., ss. 26-27.

⁴² K.G. Elzinga i D.E. Mills, *The economics of resale price maintenance*, Competition Law and Policy 2008, 3, s. 1842.

⁴³ Wytoczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 106 b).

Dostawcy oraz dystrybutorzy, którzy, w wyniku prowadzonych na rzecz klienta usług stwarzają mu możliwości pełnej oceny oferty produktowej, ryzykują, że ich konkurenci (inni dostawcy i dystrybutorzy), podpierając się działaniami promocyjnymi lub przedsprzedażowymi zaoferują klientowi produkt tańszy, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów w związku z tymi działaniami. W konsekwencji, klient może udać się do jednego sklepu po informację, a do drugiego w celu dokonania zakupu.

Takie działania generują znaczne koszty po stronie dostawców i dystrybutorów oferujących usługi na odpowiednim poziomie, co wpływać może na, po pierwsze, dostępność określonej gamy produktów na rynku, po drugie możliwość dokonania przez konsumentów świadomego wyboru, co do produktu, który nabywa⁴⁴.

Niewątpliwie wystąpienie tego rodzaju skutków obniża efektywność rynkową ze szkodą dla dobra konsumenta. W celu stymulowania większej efektywności rynkowej w zakresie dostępności produktów oraz zapewnienia klientom swobody wyboru produktów, które chcą nabyć, wprowadzenie przez dostawcę minimalnej marży lub ceny odsprzedaży stosowanej przez dystrybutorów może stanowić adekwatną metodę stymulującą konkurencję pomiędzy dystrybutorami na poziomie jakości usług świadczonych przez nich na rzecz klientów.

Jak słusznie wskazują K.G. Elzinga i D.E. Mills, określony pułap cenowy wymusza na dystrybutorach świadczenie usług na odpowiednim poziomie nie tylko na rynkach, na których usługi posprzedażowe czy poziom informacji przekazywanych klientom jest istotny, lecz także tam gdzie **konkurencja może być stymulowana poprzez lepszą jakościowo ofertę produktową czy lepszy poziom świadczonych usług** (np. dłuższe godziny otwarcia sklepów odzieżowych)⁴⁵.

Naturalną konsekwencją tych działań jest **zwiększanie konkurencji międzymarkowej** pomiędzy poszczególnymi kategoriami produktów konkurujących dostawców oraz dystrybutorów. Wraz z poprawieniem jakości dostarczanego towaru oraz poszerzeniem zakresu dostępności towaru wskutek działań cenowych, poszczególni producenci i dystrybutorzy zmuszeni są konkurować między sobą w wyższym stopniu w celu uniknięcia strat ze sprzedaży.

Wzrost konkurencji pomiędzy dostawcami na poziomie konkurencji międzymarkowej pozytywnie oddziałuje na dobro konsumenta, które w tym przypadku, w danym kontekście rynkowym można mierzyć poprzez **ekonomiczną nadwyżkę uzyskiwaną przez niego w związku z poprawą jakości i dostępności produktów**. Z tego punktu widzenia, symptomatyczne jest stwierdzenie przedstawicieli amerykańskiej doktryny prawa konkurencji, że „jeżeli producent dokonuje samodzielnie wyboru, co do narzucenia ceny odsprzedaży w celu zagwarantowania odpowiedniego poziomu usług, następstwem tego działania niemal zawsze będzie dobro” [konsumenta – przyp. aut.]⁴⁶.

Poza efektami związanymi ze stymulowaniem konkurencji międzymarkowej w oparciu o jakość i dostępność produktów, możliwe jest wskazanie innych sytuacji, gdzie narzucanie cen odsprzedaży prowadzi do poprawy określonych parametrów rynkowych stanowiących o efektywności rynków właściwych.

Jak stwierdza Komisja w swoich Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych w sytuacji „kiedy producent wprowadza nowy produkt, narzucanie cen odsprzedaży może być pomocnym narzędziem

⁴⁴ K.G. Elzinga i D.E. Mills, *The economics*....., op. cit., s. 1842.

⁴⁵ K.G. Elzinga i D.E. Mills, *The economics*....., op. cit., s. 1843.

⁴⁶ P.H. Marvel, S. McCafferty, *Resale price maintenance and quality certification*, 15 Rand Journal of Economics, 246, 1984, s. 372.

we wstępnym okresie zwiększania popytu w celu nakłonienia dystrybutorów do lepszego uwzględnienia interesu producenta w celu promocji produktu. Narzucanie cen odsprzedaży może zapewnić dystrybutorom środki do wzmożenia wysiłków w zakresie sprzedaży, a jeżeli dystrybutorzy na tym rynku znajdują się pod presją konkurencji, może zachęcić ich do rozszerzenia ogólnego popytu na produkt oraz pomyślnego wprowadzenia produktu na rynek, również z **korzyścią dla konsumentów** [podkreśl. – aut.]⁴⁷.

Sygnalizowany powyżej przez KE problem wiąże się z działaniami dostawców, które mają na celu ujednoczenie podejmowanych przez nich wysiłków w zakresie sprzedaży produktów z celami sprzedażowymi dystrybutorów. Usztywnienie cen odsprzedaży przeciwdziała działaniom dystrybutora, który **narzucając swoją marżę mógłby działać w opozycji do strategicznych celów handlowych dostawcy i prowadzić swoją politykę cenową, która uniemożliwiłaby dostawcy dotarcie z ofertą do finalnego odbiorcy**. Ujednoczenie ceny działa w tym przypadku jak pewien punkt odniesienia dla dystrybutora, dzięki któremu dystrybutor jest motywowany do bardziej aktywnej polityki sprzedażowej z uwzględnieniem celów dostawcy. W konsekwencji, dostawca może stać się bardziej konkurencyjny wobec innych dostawców, co przekłada się na utrzymanie między dostawcami międzymarkowej konkurencji na odpowiednim poziomie⁴⁸.

Efekt uzyskiwany w następstwie tego rodzaju działań cenowych może być odczuwalny przez finalnych odbiorców, którzy, dzięki środkom uzyskiwanym przez dystrybutora od dostawcy w zakresie gwarantowanej marży, mogą nabyć produkt w lepszej cenie, niż w sytuacji braku wprowadzenia danego ograniczenia.

Analiza możliwości wystąpienia określonych, pozytywnych lub negatywnych skutków rynkowych związanych z zawarciem porozumienia w zakresie sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży wymaga odniesienia się do konkretnego kontekstu faktycznego i ekonomicznego, w którym dochodzi do zawarcia porozumienia. Na kontekst ten składają się określonego rodzaju **czynniki rynkowe, które w zależności od okoliczności mogą sprzyjać powstawaniu pozytywnych bądź negatywnych skutków danego porozumienia**.

Jak już zostało wskazane w poprzedniej części, porozumienia w zakresie sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży posiadają **właściwości** związane z ich pozytywnym bądź negatywnym oddziaływaniem na prawnie chronione wartości. Dane porozumienie może w określonym kontekście sprzyjać zmowie cenowej na poziomie dystrybucji lub powodować korzyści dla konsumentów w zakresie lepszej jakości świadczonych usług. O tym które z tych właściwości należy uznać za przemawiające za dokonaniem określonej oceny porozumienia decyduje **konkretny kontekst rynkowy/ekonomiczny, w jakim dochodzi do zawarcia porozumienia**, który definiuje antykonkurencyjny potencjał porozumienia z punktu widzenia celu prawa konkurencji, jakim jest ochrona określonych wartości prawno-ekonomicznych, w szczególności zaś efektywności ekonomicznej i dobra konsumenta. Kontekst ten jest z kolei determinowany przez określone **czynniki rynkowe** właściwe dla danej sytuacji rynkowej, której dotyczy porozumienie. Wśród istotnych czynników rynkowych determinujących kontekst analizy omawianych porozumień wskazać należy na czynniki związane w szczególności z **rynkową pozycją**

⁴⁷ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 225.

⁴⁸ B. Klein, *Competitive resale price maintenance in the absence free-riding*, dokument przedłożony podczas posiedzenia Federalnej Komisji Handlu (FTC), dostępny na stronie internetowej <http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpm/docs/bklein0217.pdf>.

stron porozumienia oraz konkurentów jak również z **charakterem produktów**, których dotyczy dane porozumienie.

W przypadku pierwszego z tych czynników podzielić należy pogląd wyrażany przez wielu przedstawicieli doktryny, że prawdopodobieństwo zniekształcenia ekonomicznej efektywności w następstwie zawarcia porozumienia wertykalnego również w zakresie narzucania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży dotyczy w zasadzie tych porozumień, których stronami są przedsiębiorcy dysponujący siłą rynkową, przy wykorzystaniu której mogą osiągnąć negatywny skutek antykonkurencyjny w postaci koordynowania zachowań po stronie dostawy czy odbioru⁴⁹. Jak się niekiedy wskazuje, w sytuacji posiadania przez producenta nieznacznej siły rynkowej, interesy producenta, jak i konsumentów są tożsame, ponieważ celem działania producenta jest zagwarantowanie aby dystrybutorzy uzyskali najniższy poziom zysku z marży odpowiadający optymalnemu zakresowi świadczonych przez nich usług⁵⁰. W konsekwencji, **im mniejszy jest udział rynkowy producenta w danym rynku właściwym, tym mniej prawdopodobne jest negatywne oddziaływanie na konkurencję wskutek zachowań polegających na narzucaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, pod warunkiem, że tego rodzaju zachowania podejmowane są przez producenta niezależnie, z jego własnej inicjatywy, a nie jako element polityki cenowej uzgodnionej wspólnie z innymi konkurentami lub jako forma koordynowania zachowań cenowych dystrybutorów**⁵¹. W takiej sytuacji istnieje mniejsze ryzyko negatywnego wpływu na konkurencję międzymarkową, która może być nadal stymulowana przez działania konkurentów producenta, którzy w odpowiedni sposób mogą zareagować na jego działania cenowe (np. zwiększając jakość świadczonych usług w stosunku do ceny). Oczywiście ostateczna ocena w tym zakresie przeprowadzona powinna być z uwzględnieniem danego kontekstu faktycznego i ekonomicznego, w który wpisuje się dane porozumienie. Może bowiem zdarzyć się tak, że działania cenowe jednego z producentów na rynku o cechach oligopolu skutkować będą ujednoczeniem polityki cenowej innych producentów-konkurentów, którzy w obawie przed utratą swoich dystrybutorów zaczną ujednoczać poziomy cenowe stosowane przy odsprzedaży. Dlatego też tym bardziej **konieczna staje się analiza omawianych porozumień z punktu widzenia ich potencjalnych lub rzeczywistych skutków wynikających z danego ekonomicznego kontekstu w celu stwierdzenia, czy dane zachowanie cenowe o charakterze wertykalnym nie stanowi działania prowadzącego do ujednoczenia cen pomiędzy konkurentami (producentami, dystrybutorami) na poziomie horyzontalnym**. Jednak, wbrew podnoszonym przez organy antymonopolowe twierdzeniom, w mojej ocenie **nie jest możliwe przesądzenie z góry na podstawie stwierdzenia samego celu porozumienia, że tego rodzaju skutki występują co do zasady zawsze**. Analiza samego tylko udziału rynkowego stron porozumienia w połączeniu z oceną konkretnych uwarunkowań rynkowych może okazać się wystarczająca aby stwierdzić, że porozumienie w danej sprawie nie prowadzi do powstania negatywnych skutków polegających np. na zawiązaniu zmywy cenowej, lecz wywołuje pozytywne skutki w zakresie stymulowania konkurencji międzymarkowej.

Odnosząc problem pozytywnych i negatywnych skutków omawianych porozumień na płaszczyznę ich oceny z punktu widzenia charakteru produktu, którego dotyczy porozumienie należy

⁴⁹ M. Motta, P. Rey, F. Verboven, N. Vettas, *Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view*; tekst dostępny na stronie internetowej:

http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf.

⁵⁰ OECD, *Policy roundtables. Resale price maintenance*, op. cit., s. 12.

⁵¹ Tamże, s. 43.

wskazać, że charakter produktów może odgrywać istotną rolę w ramach analizy prokonkurencyjnych skutków narzucania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży jako skutecznego narzędzia przeciwdziałającego omawianemu wyżej problemowi tzw. „pasażera na gapę”. Problem ten ma szczególne znaczenie w sytuacji gdy, z uwagi na uwarunkowania rynkowe determinowane szczególnym charakterem produktów, niektórzy dystrybutorzy zmuszeni są ponosić znaczne nakłady inwestycyjne w celu monitorowania i zagwarantowania, że w prowadzonych przez nich punktach sprzedażowych znajdują się wyłącznie produkty określonej kategorii, o określonym standardzie i określonej (wysokiej) jakości. Koszty te przekładają się na określony poziom obsługi i jakości świadczonych usług, który odpowiada typowi/charakterowi sprzedawanych produktów (np. dłuższe godziny otwarcia sklepów, szerszy zakres informacji o produkcie, większa i łatwiejsza dostępność usług posprzedażowych). Te działania budują wokół danej sieci określoną świadomość konsumencką – konsumenci kojarzą produkty sprzedawane przez daną sieć z jakością i prestiżem⁵². Działania producentów polegające na narzucaniu sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży przeciwdziałają sytuacjom, w których sklepy dyskontowe poprzez wykorzystanie świadomości konsumenckiej o cechach jakościowych danego produktu, nie będąc zmuszonymi do ponoszenia nakładów w tym samym stopniu co sieci, mogłyby stosować niższe ceny przejmując klientów sieci. W odpowiedzi na tego rodzaju działania sklepów, sieci mogłyby zaprzestać sprzedaży danego rodzaju produktów, względnie ograniczyć świadczenie usług towarzyszących dystrybucji danego produktu ze szkodą dla konsumenta, który zostałby pozbawiony wartości dodanej wynikającej z dystrybucji tych produktów przez sieci, bez gwarancji uzyskania określonej jakości sprzedaży ze strony sklepów dyskontowych. Z tego punktu widzenia, **wskazanie określonej racjonalnej ceny odsprzedaży przyczynia się do wzmocnienia pozacenowej konkurencji wewnątrzmarkowej pomiędzy dystrybutorami, z których każdy zmuszony jest rywalizować o klienta poprzez świadczenie usług na odpowiednim poziomie uzasadnionym przez charakter i właściwości produktów.** Jednocześnie, nie należy pomijać **pozytywnego wpływu tego rodzaju zachowania na konkurencję międzymarkową** pomiędzy poszczególnymi kategoriami produktów, która stymulowana jest poprzez działania dystrybutorów nakierowane na podnoszenie standardu sprzedaży – w ten sposób **dostawcy innych towarów muszą liczyć się z koniecznością zagwarantowania aby standard sprzedaży ich produktów odpowiadał uwarunkowaniom rynkowym determinowanym przez zachowania konkurentów.** Grupami towarów, dla których omawiane zachowania cenowe mogą wywoływać wskazane wyżej pozytywne skutki rynkowe są przede wszystkim towary kompleksowe, które wymagają szczególnej prezentacji lub ze sprzedażą których związana jest konieczność zapewnienia określonego poziomu obsługi przed- i posprzedażowej. W stopniu, w jakim **z uwagi na dobro konsumenta ujmowane w danym kontekście ekonomicznym i faktycznym istnienie określonego poziomu usług dodatkowych przy sprzedaży jest konieczne i niezbędne w celu podjęcia przez konsumenta decyzji zakupowej, narzucanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży może być skutecznym narzędziem realizującym tak określone cele sprzedażowe.**

Prawno-ekonomiczna analiza wertykalnych porozumień cenowych w zakresie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży dowodzi istnienia przypadków, kiedy tego rodzaju porozumienia mogą mieć efekt prokonkurencyjny w postaci, w szczególności stymulowania konkurencji międzymarkowej.

⁵² Tamże, s. 27.

Jednocześnie, nie należy wykluczyć, że w sytuacji posiadania przez strony porozumienia wysokich udziałów rynkowych lub w przypadku braku możliwości uzasadnienia przyjęcia danego zachowania cenowego koniecznością zapewnienia konsumentom określonego poziomu usług, tego rodzaju zachowanie cenowe może zostać uznane za sparzające z mowie cenowej, która w sposób oczywisty zniekształca poziom konkurencji na rynku.

Z powyższego punktu widzenia, w celu uwzględnienia potencjalnych pozytywnych skutków zachowań polegających na narzucaniu minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży, jak również oceny na ile dane zachowanie może w konkretnym kontekście sprzyjać zachowaniom o skutkach właściwych dla zachowań horyzontalnych, **zasadne byłoby przeniesienie punktu ciężkości ich oceny z analizy opartej o cel w kierunku analizy opartej o skutek**. Z uwagi na złożoność stanów faktycznych, w ramach których mogą ujawniać się skutki omawianych porozumień, podejście w oparciu o skutek (*effects-based approach*) wydaje się najbardziej adekwatne do oceny tych stanów faktycznych w toku analizy prowadzonej przez organ antymonopolowy, która powinna w pełni uwzględniać cel prawa konkurencji, jakim jest zagwarantowanie maksimum ekonomicznej efektywności rozumianej przez pryzmat dobra konsumenta. Nie ulega wątpliwości, że w pewnych ekonomicznych warunkach wertykalne porozumienia cenowe w zakresie minimalnej i sztywnej ceny odsprzedaży generują tę efektywność z korzyścią dla dobra konsumenta. Jak słuszenie wskazuje Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w tezie 3 wyroku w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, a za nim niektórzy przedstawiciele doktryny prawa konkurencji zastosowanie w tym przypadku reguły *per se*, opartej o cel porozumienia „może przynieść straty, prowadząc do wzrostu całkowitych kosztów działania systemu prawa konkurencji poprzez zakazywanie prokonkurencyjnych zachowań, do których system prawa konkurencji powinien zachęcać.”

V. Zakończenie

Zgodnie z prawem konkurencji, podstawowym wyznacznikiem zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia jest istnienie celu lub skutku, który w danym kontekście ekonomicznym i prawnym sprawy posiada wystarczający potencjał antykonkurencyjny. Miarą oceny tego potencjału jest poziom szkodliwości, którą można przypisać porozumieniu w świetle zasad konkurencji, rozumianej jako przestrzeń gwarantująca odpowiedni poziom efektywności gospodarki związanej z optymalizacją podziału dóbr na rynku dla konsumentów.

W praktyce orzeczniczej i decyzyjnej w sprawach antymonopolowych zasadą jest, że pewne typy porozumień mogą mieć na tyle silny antykonkurencyjny potencjał, że nie jest konieczne badanie ich skutków ekonomicznych, a jedynie wykazanie antykonkurencyjnego celu. W grupie tych porozumień, oprócz najcięższych typów porozumień horyzontalnych, mieszczą się również porozumienia określane jako narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży. Zastosowanie tej klasyfikacji prowadzi do przyjęcia formalistycznej oceny tego typu porozumień jako zakazanych *per se*, bez uwzględnienia ich skutków dla rynku.

O ile takie ujęcie może, przy spełnieniu określonych warunków, mieć zastosowanie do porozumień horyzontalnych, o tyle nie jest ono właściwe do oceny wertykalnych porozumień cenowych w zakresie sztywnej i minimalnej ceny odsprzedaży.

Zgodnie z przyjmowanym w orzecznictwie sądów UE stanowiskiem, ocena porozumienia jako zakazanego ze względu na cel sprowadza się *de facto* do analizy ekonomicznego i prawnego kontekstu porozumienia z perspektywy możliwości wywołania przez to porozumienie negatywnych skutków dla rynku. Jedynie wówczas gdy w tak rozumianym kontekście, nieuchronnym i koniecznym skutkiem porozumienia będzie ograniczenie konkurencji, dane porozumienie może zostać uznane za zakazane ze względu na cel. Jeżeli, uwzględniając ten kontekst, w który wpisuje się dane porozumienie, nie można domniemywać, że porozumienie pozbawi konsumentów korzyści wynikającej z odpowiedniego poziomu efektywności gospodarczej, wówczas należy odnieść się do skutków porozumienia.

Przyjmując takie ujęcie celu porozumienia, mało prawdopodobne jest aby można było z góry założyć istnienie domniemania, że uzgodnienie pomiędzy dostawcą i dystrybutorem w zakresie minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży narusza samo w sobie konkurencję.

Porozumienia w zakresie sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży posiadają właściwości związane z ich pozytywnym bądź negatywnym oddziaływaniem na prawnie chronione wartości. O tym które z tych właściwości należy uznać za przemawiające za dokonaniem określonej oceny porozumienia decyduje konkretny kontekst rynkowy (ekonomiczny), w jakim dochodzi do zawarcia porozumienia, który definiuje antykonkurencyjny potencjał porozumienia z punktu widzenia celu prawa konkurencji, jakim jest ochrona określonych wartości prawnie-ekonomicznych, w szczególności zaś efektywności ekonomicznej i dobra konsumenta. Kontekst ten jest z kolei determinowany przez określone czynniki rynkowe właściwe dla danej sytuacji rynkowej, której dotyczy porozumienie.

W zależności od istniejących czynników rynkowych takich jak stopień siły rynkowej przedsiębiorców, poziom koncentracji po stronie popytowej i podaźowej rynku lub charakter produktów, porozumienia w zakresie sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży mogą sprzyjać znowi cenowej na poziomie dostawy lub dystrybucji, ujawniając w ten sposób negatywne właściwości albo stymulować konkurencję międzymarkową, ujawniając w ten sposób pozytywne właściwości.

W konsekwencji, istnienie potencjalnie pozytywnych skutków zachowań polegających na narzucaniu minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży, jak i istnienie określonych czynników towarzyszących zawarciu tego rodzaju porozumień może w danych okolicznościach przeczyć ocenie tych zachowań jako zakazanych ze względu na cel, czyniąc uzasadnionym przeformułowanie zasady uznającej wertykalne porozumienia dotyczące minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży za zakazane ze względu na cel w kierunku zasady uznającej je za zakazane ze względu na skutek.

Z uwagi na złożoność stanów faktycznych, w ramach których mogą ujawniać się skutki omawianych porozumień, podejście w oparciu o skutek (*effects-based approach*) wydaje się najbardziej adekwatne do oceny tych stanów faktycznych w toku analizy prowadzonej przez organ antymonopolowy, która powinna w pełni uwzględniać cel prawa konkurencji, jakim jest zagwarantowanie maksimum ekonomicznej efektywności rozumianej przez pryzmat dobra konsumenta. Zastosowanie w przypadku omawianych porozumień reguły *per se*, opartej o cel porozumienia „może przynieść straty, prowadząc do wzrostu całkowitych kosztów działania systemu prawa konkurencji poprzez zakazywanie prokonkurencyjnych zachowań, do których system prawa konkurencji powinien zachęcać”⁵³.

⁵³ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, teza 3.