

Konrad Kohutek*

Indywidualna legalizacja RPM w decyzji australijskiego organu antymonopolowego (sprawa Tooltechnic z grudnia 2014 r.)

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Stan faktyczny
- III. Komentarz

Streszczenie

Niniejsze opracowanie stanowi prezentację australijskiej sprawy Tooltechnic, w której organ antymonopolowy tego kraju – po raz pierwszy historii – autoryzował nałożenie przez wskazanego przedsiębiorcę obowiązku przestrzegania minimalnych cen odsprzedaży (RPM) elektronarzędzi Festool przez jego dystrybutorów. Obok faktów tej sprawy ukazane oraz skomentowane zostały także prawno-ekonomiczne argumenty jakie przesądziły o legalizacji tej praktyki w Australii oraz ich znaczenie dla stosowania polskiego oraz unijnego zakazu porozumień antykonkurencyjnych w odniesieniu do RPM.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K21; ustalanie minimalnych/sztywnych cen odsprzedaży (RPM), australijskie prawo konkurencji, „indywidualne wyłączenie” z zakazu porozumień antykonkurencyjnych; zjawisko pasażera na gapę (*free-riding*).

I. Wprowadzenie

Ponad osiem lat minęło już od słynnego wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Leegin*¹, w którym przełamano regułę zakazu *per se* w stosunku do stosowania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży (RPM), uznając, iż zgodność tego rodzaju ograniczenia z prawem antytrustowym oceniać należy indywidualnie (wedle reguły rozsądku). Wydawało się, że wyrok ów zainicjuje – a przynajmniej zainspiruje – prawodawców w innych krajowych porządkach antymonopolowych (w tym prawodawcę unijnego) do liberalizacji ich reżimów dotyczących tego rodzaju praktyk. Zarówno w prawie UE, jak i w prawie polskim żadna „rewolucja” w tej materii wszakże nie miała miejsca do dziś, utrzymując restrykcyjne podejście do tego rodzaju praktyk (tj. jako porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji² i stąd podlegające – w zasadzie – zakazowi

* Dr hab.nauk prawnych, profesor Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; e-mail: kohutek@gmx.net.

¹ Wyr. z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

² Zob. zwłaszcza wyr. SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012, nr 21–22, poz. 276 („Pionowe porozumienia, których przedmiotem jest ustalenie sztywnej ceny odsprzedaży uważana są generalnie za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji”) oraz wyr. SN z dnia 14 maja 2014 r., III SK 44/13 (www.sn.pl).

per se). RPM nie podlegają ani wyłączeniu grupowemu, ani regule *de minimis*³. Oczywiście formalnie istnieją podstawy do zastosowania także do tego ograniczenia „indywidualnego wyłączenia” z zakazu, tj. podstawie art. 8 ust. 1 uokk lub art. 101 ust. 3 TFUE; jednakże – zwłaszcza z uwagi na istotne trudności w wykazaniu przez przedsiębiorców spełnienia wszystkich przesłanek z tych przepisów – jak dotychczas nie doszło do takiego wyłączenia w odniesieniu do RPM.

W tych okolicznościach przedmiotem bliższego zainteresowania powinna się stać decyzja australijskiej Komisji ds. Konsumentów i Konkurencji (dalej: ACCC⁴) z dnia 5 grudnia 2014 r. w sprawie *Tooltechnic* (*authorisation number A91433*), w której to po raz pierwszy w historii prawa antymonopolowego tego kraju doszło do autoryzacji („indywidualnej legalizacji”) RPM ze strony tego organu.

II. Stan faktyczny

Tooltechnic Systems (Australia) Pty Ltd (dalej: Tooltechnic) jest wyłącznym importerm oraz sprzedawcą hurtowym elektronarzędzi marki Festool. Zobligował on swych dystrybutorów, aby nie odsprzedawali narzędzi, jakich im dostarcza, poniżej ceny minimalnej ustalonej przez Tooltechnic⁵. Przedsiębiorca ten argumentował, iż sprzedaż takich produktów, z racji na ich wysoki stopień zaawansowania technologicznego oraz zróżnicowaną naturę, wymaga zapewnienia określonych usług przed-, jak i posprzedażnych (*pre- and postsale services*)⁶. Motywacją do realizacji tych usług przez jednych dystrybutorów była wszak ograniczona poprzez działalność niektórych innych dystrybutorów, którzy usług takich nie świadczyli, oferując elektronarzędzia po obniżonej cenie. Prowadziło to do zjawiska tzw. pasażera na gapę (*free-riding*). Polega ono na zachęcaniu klientów do tego, aby uzyskać u dystrybutora oferującego ww. usługi („*full-service dealer*”) stosowne informacje o poszukiwanym rodzaju narzędzia, a następnie nabyciu tego produktu u „taniego” dystrybutora, który wszak usług tych nie oferował („*gapowicza*”/ „*pasożyta*”).

W takich okolicznościach Tooltechnic wystąpił do ACCC z wnioskiem o autoryzację wprowadzanego RPM. Przedłożył zarazem dowody na to, że istniejące rozwiązania kontraktowe są nieefektywne w szczególności w kontekście zapobiegania zjawisku „pasażera na gapę” i gwarantowania wysokojakościowych usług przed- i posprzedażnych. Przedsiębiorca ów podniósł także, iż RPM jest instrumentem efektywnym, a zarazem mniej restrykcyjnym niż inne ograniczenie wertykalne (jak zwłaszcza wprowadzanie wyłączności terytorialnych lub limitowanie sprzedaży przez Internet); ponadto – zdaniem Tooltechnic – nie ograniczy ono konkurencji, a na jego wprowadzeniu skorzystają konsumenci.

ACCP uwzględniła ów wniosek uznawszy, iż *per saldo* planowany RPM nie ograniczy konkurencji. Zdaniem tego organu, korzyści jakie w interesie publicznym (*public benefits*) będą mogły zostać osiągnięte, dzięki stosowaniu tego ograniczenia (tj. zwłaszcza zapewnienie/utrzymanie odpowiedniego poziomu informowania klientów o oferowanych produktach oraz wysokojakościowych usługach posprzedażnych), przeważały (*outweighed*) nad ich konsekwencjami (czyli zwłaszcza eliminacją konkurencji cenowej między dystrybutorami elektronarzędzi Festool). Na

³ Mimo że wprowadzenie takiego rozwiązania postuluje się *de lege ferenda*; zob. np. K. Kohutek, *Materiałnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi de lege ferenda*, iKAR 2015, nr 2(4), s. 63–64.

⁴ Skrót od anglojęzycznej nazwy tego organu, tj. Australian Competition and Consumer Commission.

⁵ Fakty, w tym cytaty ze stosownej decyzji ACCC, przytoczone zostały na podstawie takich materiałów, jak: B. Reid, C. Gill, *ACCC authorises resale price maintenance for the first time*, „Ashurst Competition Law News” 2014, 10 December. Pobrano z: www.ashurst.com; *Refining its Tool Kit – The ACCC’s decision to authorise RPM in the Tooltechnic case*, February 2015. Pobrano z: www.rbbecon.com; J.P. van der Veer, *RPM and Strong Inter-Brand Competition – Tooltechnic Coming to Europe?*, 23 April 2015. Pobrano z: www.landars.com.

⁶ Jak np. demonstracja „obsługi (w tym opcja *try-before you buy*), dokonywanie stosownych napraw (w tym gwarancyjnych).

uwagę zasługują zarazem okoliczności łagodzące ów skutek, na jakie zwróciła uwagę ACCP, tj. po pierwsze, dostępność znacznej ilości alternatywnych (a zarazem wysokojakościowych) elektronarzędzi na rynku (tj. narzędzi innej marki) oraz po drugie, fakt, iż Tooltechnic nie miał bodźców do tego, aby ustanawiać granicę ceny minimalnej powyżej poziomu konkurencyjnego (*competitive levels*) jako że w takim wypadku całościowa sprzedaż narzędzi Festool przez tego przedsiębiorcę zostałaby zredukowana.

Ostatecznie ACCP zezwolił na stosowanie RPM jakkolwiek na okres krótszy niż obejmował wniosek przedsiębiorcy (tj. na 4 lata, a nie na 5 lat).

III. Komentarz

Australijskie prawo konkurencji jako zasadę ustanawia zakaz RPM (zob. art. 48 australijskiej ustawy o Konkurencji i Konsumentach (*Competition and Consumer Act*) z 2010 r.). Jakkolwiek od nowelizacji prawa konkurencji tego kraju (z 17 sierpnia 1995 r.) formalnie istnieje możliwość indywidualnej (tj. dotyczącej konkretnego przypadku) autoryzacji (*authorisation*) tego ograniczenia na mocy decyzji ACCC, która w tej materii kieruje się testem korzyści dla interesu publicznego (*public benefit test*); zasady stosowania tego testu także normuje ww. ustawa⁷. Choć prawne podstawy do stosowania takiej autoryzacji w Australii obowiązują już przeszło 20 lat, to sprawa Tooltechnic jest pierwszym przypadkiem w jakim RPM został indywidualnie zalegalizowany.

Mimo znaczącej odległości, jaka w wymiarze geograficznym dzieli Polskę (UE) od Australii, biznesowo-rynkowe uwarunkowania stosowania RPM przez Tooltechnic, jak też i prawno-ekonomiczna argumentacja ACCP są już znacznie bliższe do tej, jaka powoływana jest w Polsce (lub UE) wśród powodów przemawiających za mniej restrykcyjnym podejściem do RPM. W tym kontekście na uwagę zasługują następujące kwestie.

Po pierwsze, podkreślenia wymaga, iż sprawa Tooltechnic bynajmniej nie oznacza zmiany w obszarze (pozytywnego) prawa konkurencji w Australii, mogąc co najwyżej zapoczątkować modyfikację praktyki jego stosowania (w obszarze RPM). Jednocześnie może (jakkolwiek nie musi) oznaczać, iż ACCC w swych kolejnych decyzjach częściej niż dotychczas autoryzować będzie RPM, jeśli w kolejnych sprawach występować będą pewne podobieństwa do argumentów jakie wzięto pod uwagę w sprawie Tooltechnic. Zresztą sama ACCC podkreślała w komentowanej decyzji, iż choć RPM „w pewnych okolicznościach” (*in certain circumstances*) może przynosić korzyści w interesie publicznym, to jednak ocena taka „w dużym stopniu uzależniona będzie od okoliczności każdej sprawy” (*will depend heavily on the circumstances of each case*). W tym obszarze uwidacznia się normatywne podobieństwo do rozwiązania obowiązującego w prawie unijnym lub krajowym; w porządkach tych – choć nie obowiązuje instytucja wniosków składanych do Komisji/krajowego organu antymonopolowego o autoryzację danego ograniczenia – to jednak, RPM (przynajmniej formalnie) może zostać z zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE/art. 6 ust. 1 uokk „indywidualnie wyłączone” w razie udowodnienia (przez przedsiębiorcę), iż w danym wypadku spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 101 ust. 3 TFUE/art. 8 ust. 1 uokk.

Po drugie, jednym z istotniejszych argumentów, jaki w komentowanej sprawie przemawiał za „legalizacją” RPM było **zapobieganie/zwalczanie zjawiska pasażera na gapę (*free-riding*)**. W danej sprawie wszak faktycznie wykazano istnienie tego rodzaju niedoskonałości rynkowej

⁷ S.G. Corones, *Competition Law in Australia*, Fifth Edition, Sydney 2010, s. 616.

(*market failure*). Jest to istotne, jako że stosunkowo często (także na rynkach unijnych i krajowych) argument ów podnoszony jest (przez przedsiębiorców) niejako „na wyrost”, nie mając odzwierciedlenia w okolicznościach faktycznych danej sprawy⁸. Koresponduje to ze stanowiskiem zajęтым przez polski Sąd Najwyższy, który zwrócił uwagę, iż „większość rynków nie jest dotknięta problem efektu ‘jazdy na gapę’”, konstatując, iż zapobieganie temu zjawisku „może stanowić uzasadnienie dla posługiwania się sztywnymi cenami odsprzedaży w wyjątkowych sytuacjach lub na niektórych rynkach”⁹.

Po trzecie, dokonana przez ACCC indywidualna legalizacja RPM poprzedzona była weryfikacją istnienia innych (zwłaszcza) mniej restrykcyjnych, a zarazem równie skutecznych co RPM ograniczeń wertykalnych. Z tej perspektywy ACCC oceniło (oraz porównało z RPM) takie ograniczenia, jak zwłaszcza zakaz/ograniczenia sprzedaży internetowej elektronarzędzi Festool oraz niektóre ograniczenia terytorialne. Komisja ta doszła wszak do wniosku, iż takie ograniczenia mogły zredukować ogólną dostępność tych produktów na rynku, obniżając tym samym sprzedaż, co – zwłaszcza w dłuższej perspektywie – nie byłoby korzystne ani dla konsumentów, ani dla samego przedsiębiorcy (Tooltechnic).

Po czwarte, na danym rynku istniała **znaczna konkurencja międzymarkowa**. Udział, jaki Tooltechnic posiadał na australijskim rynku elektronarzędzi, oscylował wokół 10%. To bardzo istotna (ekonomiczna) okoliczność, świadcząca o nieznaczności („bagatelności”) ewentualnych skutków antykonkurencyjnych wynikających ze stosowania RPM w danej sprawie. Jest ona znamienna także w konfrontacji z unijnymi oraz krajowymi unormowaniami, które przewidują co prawda regułę *de minimis*, jednakże przywileje jej stosowania wykluczają w odniesieniu do wszystkich (zatem także wertykalnych) porozumień cenowych (zob. zwłaszcza art. 7 ust. 3 uokk). W kontekście komentowanej sprawy warto by zadać pytanie: czy jest to prawidłowe podejście (rozwiązanie)?

Po piąte wreszcie, wysokie rozdrobnienie australijskiego rynku elektronarzędzi (brak struktury oligopolistycznej) nakazywały także odrzucić zagrożenia (ryzyka) zмовy między producentami, jaką (ewentualnie mogłoby) ułatwiać stosowanie RPM w danej sprawie.

Bibliografia

- Kohutek K., *Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi de lege ferenda*, iKAR 2015, nr 2(4).
- Reid B., Gill C., *ACCC authorises resale price maintenance for the first time*, „Ashurst Competition Law News” 2014, 10 December. Pobrano z: www.ashurst.com.
- Refining its Tool Kit – The ACCC’s decision to authorise RPM in the Tooltechnic case*, February 2015. Pobrano z: www.rbbecon.com.
- van der Veer J.P., *RPM and Strong Inter-Brand Competition – Tooltechnic Coming to Europe?*, 23 April 2015. Pobrano z: www.landerson.com.
- Corones S.G., *Competition Law in Australia*, Fifth Edition, Lawbook Co., Sydney 2010.
- Lao M., *Free Riding: An Overstating, and Unconvincing Explanation for Resale Price Maintenance*, [w:] R. Pitofsky (red.), *How the Chicago School overshot the mark: The effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, Oxford 2008.

⁸ Zob. też M. Lao, *Free Riding: An Overstating, and Unconvincing Explanation for Resale Price Maintenance*, [w:] R. Pitofsky (red.), *How the Chicago School overshot the mark: The effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 196–231.

⁹ Wyr. SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012, nr 21–22, poz. 276.