

Antoni Bolecki*

Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Franczyza
 1. Franczyza – definicja pojęcia
 2. Specyficzne cechy franczyzy istotne z punktu widzenia oceny antymonopolowej
- III. Podstawy prawne franczyzy w prawie ochrony konkurencji
- IV. Podstawowe dopuszczalne ograniczenia swobody francyzobiorcy
 1. Prawa własności intelektualnej
 2. Unifikacja akcji reklamowych
 3. Obowiązek raportowania
 4. Relacje horyzontalne między stronami umowy franczyzy
- V. Ustalanie cen odsprzedaży w sieciach francyzowych
 1. Ustalanie cen odsprzedaży w sieciach francyzowych
 2. Dotychczasowe orzecznictwo dotyczące RPM w sieciach francyzowych
 3. RPM w sieci francyzowej a w zwykłej dystrybucji
- VI. Zakaz konkurowania
- VII. Dystrybucja selektywna i wyłączna w ramach jednej sieci francyzowej
- VIII. Wymogi co do lokalizacji punktu sprzedaży
- IX. Wnioski

Streszczenie

Celem artykułu jest zidentyfikowanie tych specyficznych elementów franczyzy, istotnych dla oceny antymonopolowej, które odróżniają ją od klasycznej dystrybucji. Uzasadniona jest teza, że niektóre ograniczenia praw francyzobiorców występujące w umowach francyzowych będą traktowane łagodniej, niż gdyby znajdowały się w zwykłych umowach dystrybucyjnych¹. Wyróżniłem następujące pola analizy: a) ogólne ograniczenia typowe dla franczyzy; b) RPM; c) zakaz konkurowania; d) łączenie dystrybucji selektywnej z wyłączną; e) wymogi co do lokalizacji punktu sprzedaży.

Słowa kluczowe: franczyza; franchising; ograniczenia wertykalne; zakaz konkurowania; dystrybucja wyłączna; dystrybucja selektywna; ograniczenia dotyczące praw własności intelektualnej; ograniczenia co do lokalizacji; wymiana informacji w relacjach wertykalnych; raportowanie cen sprzedaży; unifikacja akcji reklamowych; RPM; ustalanie cen sprzedaży.

* Doktor nauk ekonomicznych w dziedzinie zarządzania; radca prawny w kancelarii Wardyński i Wspólnicy; e-mail: antoni.bolecki@wardynski.com.pl.

¹ Jako zwykłą umowę dystrybucyjną rozumiem sytuację, w której dystrybutor ma bardzo dużą (tj. znacznie większą niż we franczyzie) swobodę w sprzedaży towarów – może kupować towary od dowolnych dostawców i sprzedawać je dowolnym odbiorcom w sposób, jaki sam uzna za stosowny. Zakładam także, że w ramach zwykłej umowy dystrybucyjnej dostawca nie przekazuje dystrybutorowi istotnego know-how. Zob. także punkt 2.2. poniżej.

I. Wstęp

Inspiracją do napisania niniejszego artykułu była decyzja w sprawie *Sfinks Polska S.A.*, w której Prezes UOKiK zakazał temu przedsiębiorcy stosowania porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych cen sprzedaży produktów oferowanych w restauracjach franczyzowych, działających pod marką Sphinx². W komunikacie prasowym UOKiK podkreślił, że decyzja ta jest jednym z niewielu wydanych dotychczas, przez europejskie organy antymonopolowe, rozstrzygnięć dotyczących ustalania cen odsprzedaży w sieciach franczyzowych³.

Prezes Sfinks uznał decyzję za tendencyjną i pozbawioną obiektywizmu⁴. Zapowiedział złożenie odwołania, zachęcając inne sieci franczyzowe, aby przystąpiły z interwencją uboczną do postępowania przed SOKiK⁵. Z kolei pełnomocnik Sfinks określił decyzję jako kuriozalną i jawnie niesprawiedliwą⁶. Negatywnie o rozstrzygnięciu wypowiadał się także A. Stawicki, krytykując brak przeprowadzenia przez UOKiK dostatecznej analizy ekonomicznej, która być może pozwoliłaby rozpoznać praktykę stosowaną przez Sfinks jako porozumienie co do skutku, a nie co do celu⁷.

Wspomniana decyzja dotyczy bardzo istotnego dla współczesnej gospodarki modelu współpracy wertykalnej, jaką jest franczyza. Warto uzmysłowić sobie, że w 2012 roku na zasadach franczyzy funkcjonowało w Polsce łącznie 51,2 tys. placówek w ramach 864 sieci, przy czym na koniec 2013 roku prognozowany jest ok. 8% wzrost⁸. Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Sfinks Polska S.A.* stanowi zatem dobrą okazję do omówienia zasad oceny antymonopolowej funkcjonowania tego ważnego modelu biznesowego.

II. Franczyza

1. Franczyza – definicja pojęcia

W literaturze proponuje się szereg różnych definicji franczyzy zarówno prawnych, jak i czysto biznesowych⁹. Definicje te różnią się także na gruncie prawa unijnego i polskiego, przy czym unijne rozumienie franczyzy uważam za bardziej prawidłowe. Na podstawie Wytycznych Wertykalnych KE 2010¹⁰ można przyjąć, że istotą franczyzy jest przekazanie przez franczyzodawcę na rzecz franczyzobiorcy w ich wspólnym interesie praw własności intelektualnej (dalej: **PWI**) w postaci know-how oraz znaków towarowych/praw autorskich (wyłącznie) w celu zakupu lub odsprzedaży towarów lub usług w ustandaryzowany (ujednolicony) sposób uzgodniony przez strony. Ponadto

² Zob. pkt I sentencji decyzji Prezesa UOKiK, Nr DOK - 1/2013 z 25 czerwca 2013 roku.

³ Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10475.

⁴ Za: http://retailnet.pl/2013/06/28/sfinks-zaskarzy-decyzje-uokik/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=sfinks-zaskarzy-decyzje-uokik

⁵ Zob. *Sfinks wytknął błędy urzędowi antymonopolowemu*. Pobrano z: <http://pulsbiznesu.pb.pl/3227093,84834,sfinks-wytknal-bledy-urzedowi-anty-monopolowemu>.

⁶ Pobrano z: <http://www.gdbd.pl/czy-franczyzodawca-ma-prawo-ksztaltowac-polityke-cenowa-i-czy-prawo-to-narusza-zasady-uczciwej-konkurencji/>.

⁷ A. Stawicki, *Franchise networks under siege from the Polish competition authority over alleged RPM arrangements*. PObrano z: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2013/07/23/franchise-networks-under-siege-from-the-polish-competition-authority-over-alleged-rpm-arrangements/>.

⁸ Dane za: <http://franczyza.org.pl/raport-o-franczyzie>. Statystyki europejskie publikowane są na: <http://www.eff-franchise.com/>

⁹ Definicje franczyzy pojawiają się w większości cytowanych w niniejszym artykule publikacji. Nie ma potrzeby ich przytaczania, na szczególną uwagę zasługuje definicja zawarta w Europejskim Kodeksie Etyki Udzielania Franczyzy, zob. <http://franczyza.org.pl/kodeks-etyki>.

¹⁰ Komunikat Komisji – Wytyczne z 19 maja 2010 w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz. Urz. C z 2010 roku 130/1 (dalej: **Wytyczne Wertykalne KE 2010**).

doniosłą¹¹ cechą franczyzy jest pomoc handlowa lub techniczna (np. usługi zaopatrzeniowe, szkolenia, doradztwo, planowanie finansowe etc.) świadczona na rzecz franczyzobiorcy¹².

Z kolei na gruncie Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego (§ 3 pkt 6) system dystrybucji francyzowej jest definiowany jako „system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego – w zamian za wynagrodzenie – prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how”¹³. W mojej ocenie nie jest to dobra definicja. Po pierwsze, pozwala ona przyjąć, że francyzą jest każdy nieujednolicony sposób dystrybucji towarów z wykorzystaniem jedynie znaku towarowego dostawcy (bez przekazywania żadnego know-how), co jest wbrew poglądom doktryny i prawa unijnego¹⁴. Po drugie, definicja ta nie przewiduje istnienia franczyzy zakupowej. Po trzecie, nie wiadomo, w jakim celu ustawodawca zdefiniował system dystrybucji francyzowej, skoro poza słowniczkiem terminów definicja ta nie jest przez niego w ogóle wykorzystywana.

Jeśli przyjąć definicję unijną (co jest zabiegiem prawidłowym), to w praktyce mogą powstać wątpliwości czy dana forma współpracy wertykalnej jest francyzą, czy nie. Jeśli nią nie będzie, wówczas nie będzie korzystać z przywilejów zarezerwowanych dla franczyzy.

W polskiej literaturze i orzecznictwie takie wątpliwości powstały przykładowo odnośnie do działalności Ruch S.A.¹⁵ oraz Gabinetów Partnerskich Rolletic¹⁶. W mojej ocenie, w sytuacjach wątpliwych decydujące znaczenie powinien mieć zakres know-how, który przekazuje francyzodawca. Należy sprawdzić, czy rzeczywiście jest to wiedza niezbędna do prowadzenia konkretnej działalności i czy jest ona wystarczająco unikalna, oryginalna i dająca się odróżnić, aby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa¹⁷. Jako dodatkowy element F. Wijckmans i F. Tuytschaever dodają wymóg, aby know-how zapewniał francyzobiorcy przewagę konkurencyjną¹⁸. Jeśli dostawca w ogóle nie przekazuje know-how albo ma ono pozorny charakter, wówczas będziemy mieli do czynienia ze zwykłą dystrybucją z silnie niż zwykle wykorzystanym znakiem towarowym dostawcy. Drugim podstawowym, w mojej ocenie, elementem wyróżniającym „prawdziwą” francyzę jest

¹¹ W ocenie KE wręcz niezbędną – zob. pkt 189 Wytocznych Wertykalnych KE 2010.

¹² Dodajmy, że w literaturze – w ślad za wyrokiem Trybunału w sprawie Pronuptia oraz nieobowiązującym już Rozporządzeniem Komisji WE 4087/88 – wyróżnia się trzy rodzaje franczyzy: a) usługową; b) dystrybucyjną (towarową); c) przemysłową. Ta ostatnia obejmuje samodzielne wytwarzanie towaru przez francyzobiorcę i jego sprzedaż w oparciu o know-how i znaki towarowe udostępnione przez francyzodawcę, zob. np. K. Kiljański, *Porozumienia franchisingowe w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, r. IX, z. 4, s. 844; oraz R. Poźdźk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza VERBA, Lublin 2006, s. 149. Co ważne, ponieważ francyza przemysłowa nie zawiera elementu dystrybucji – tj. odsprzedaży gotowych towarów zakupionych od dostawcy (a jedynie sprzedaż towarów wytworzonych we własnym zakresie) stanowi ona odrębną, niewertykalną formę współpracy. Zagadnienia omówione w niniejszym artykule mogą nie mieć zatem zastosowania do franczyzy przemysłowej.

¹³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 81, poz. 441, dalej: **Polskie Rozporządzenie Wertykalne**).

¹⁴ Zarówno na gruncie obecnie obowiązujących Wytocznych Wertykalnych KE 2010, jak i obowiązującego do końca 1999 roku Rozporządzenia Komisji WE 4087/88 z 30 listopada 1988 roku w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu (Dz. Urz. WE z 1988, nr L 359/46) przyjmuje się, że immanentną cechą franczyzy jest transfer know-how.

¹⁵ Zob. Ewa Wojtaszek-Mik, *Umowa Franchisingu w świetle prawa konkurencji wspólnoty europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, Toruń 2001, s. 144 i przywołana tam literatura.

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Poznaniu z 31 grudnia 2009 r RPZ nr 31/2009, s. 25–26.

¹⁷ Par. 3 pkt 11 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego definiuje know-how jako „nieopatentowane, nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne lub technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania, co do których podjęto działania zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu, jeżeli stanowią one całość lub część określonych informacji praktycznych wynikających z doświadczeń dostawcy, przeprowadzonych badań lub testów istotnych dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym”.

¹⁸ F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, second ed., Oxford University Press, Oxford 2011, s. 212.

daleko posunięty stopień ujednoczenia sposobu sprzedaży, zwany także „ustandaryzowaniem” „spójnością standardów” lub „formatem” albo „modelem biznesowym”¹⁹.

Porozumienia pseudofranczyzowe (tj. takie, w których np. brak jest przekazania know-how lub ujednoczenia sposobu dystrybucji) powinny być traktowane bardziej jak zwykłe umowy dystrybucyjne, co oznacza, że nie będą mogły one skorzystać przynajmniej z części przywilejów omówionych w niniejszym artykule (zależy to jednak od specyfiki konkretnego przypadku).

Dla porządku wyjaśnijmy, że gdyby bazować wyłącznie na literalnej definicji systemu dystrybucji franczyzowej zawartej w Polskim Rozporządzeniu Wertykalnym, powyższy problem przestałby istnieć, albowiem w świetle tej definicji każda, choćby nieujednoczona dystrybucja towaru z wykorzystaniem jedynie znaku towarowego dostawcy jest franczyzą. Nie jest to jednak prawidłowe podejście. W mojej ocenie definicję tę można zignorować, skoro ustawodawca w ogóle do niej nie nawiązuje w konkretnych normach prawnych, a jednocześnie jest ona w sposób oczywisty błędna. Co charakterystyczne, w uzasadnieniu decyzji w sprawie *Sfinks Polska S.A.* została ona całkowicie pominięta na rzecz definicji unijnych²⁰. Ponadto, nawet jeśli przyjąć, że polska definicja jest prawidłowa, to w przypadku „franczyzy”, w ramach której nie następuje przekazanie know-how ani nie występuje jednolity (ustandaryzowany) sposób dystrybucji, większość ograniczeń omówionych poniżej nie będzie obiektywnie usprawiedliwiona. Ich celem jest bowiem przeważnie ochrona owej jednolitości i know-how.

Dodajmy również, że przyjęcie – na gruncie prawa cywilnego – określonej kwalifikacji prawnej umowy franczyzy nie ma żadnego wpływu na kwestie związane z prawem ochrony konkurencji²¹.

2. Specyficzne cechy franczyzy istotne z punktu widzenia oceny antymonopolowej

Model biznesowy oparty na franczyzie istotnie różni się od klasycznej dystrybucji, a różnice te mają wpływ na ocenę antymonopolową. Porównując umowę franczyzy z klasyczną umową dystrybucyjną – w kontekście oceny antymonopolowej – można przyjąć, że franczyzę wyróżniają następujące cechy: a) jednolitość i standaryzacja sieci; b) narzucenie franczyzobiorcom modelu biznesowego, którego twórcą jest franczyzodawca; c) przeważnie znacznie szerszy niż w przypadku zwykłej dystrybucji stopień zależności między franczyzodawcą a franczyzobiorcami; d) przeważnie bardziej ograniczony niż w przypadku zwykłej dystrybucji stopień swobody franczyzobiorców; e) znacznie ściślejsza współpraca stron niż w przypadku klasycznego dostawcy i dystrybutora, zwłaszcza jeśli opłata licencyjna jest obliczana jako procent od obrotu franczyzobiorcy; f) znacznie większe niż w przypadku klasycznej dystrybucji ryzyko franczyzodawcy związane z niesubordynacją jego partnerów, wpływającą na renomę i integralność sieci²².

¹⁹ Na element ujednoczenia sposobu dystrybucji (działalności) stosunkowo mały nacisk kładzie KE w Wytycznych Wertykalnych KE 2010. Jest on wprowadzony w Wytycznych, ale wynika bardziej z kontekstu, tj. należy go szukać bardziej „między wierszami” niż w jednoznacznych sformułowaniach. Treść Wytycznych zasługuje w tym zakresie moim zdaniem na przerehabilitację. Z kolei we wspomnianym *Europejskim Kodeksie Etyki Udzielania Franczyzy* element jednolitości, spójności, ustandaryzowania wysuwa się na plan pierwszy, choć nie jest nazwany wprost: „Istota systemu polega na tym, że franczyzodawca nadaje swoim poszczególnym franczyzobiorcom prawo oraz nakłada na nich obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z jego koncepcją”. Jednocześnie na ten temat wypowiada się natomiast Ph.M. Abell w rozdziale pt. *Business Format, Control and Assistance*, [w:] *The Regulation of Franchising in the European Union*, University of London, London 2011, s. 64–66.

²⁰ Zob. decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Sfinks*, pkt 73–84.

²¹ Na temat różnych możliwości kwalifikacji cywilnoprawnej zob. K. Bagan-Kurluta, *Franchising a podobne instytucje prawne*, „Rejent”, styczeń 1999, r. 9, nr 1(93), s. 55–72 oraz B. Fuchs, *Umowy franchisingu w świetle przepisów kodeksu cywilnego dotyczących firmy*, „Przegląd Prawa Handlowego”, wrzesień 2003, s. 16–19. Na temat różnic między umową franczyzy a umową dystrybucyjną zob. W. Kocot w: W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 199–198.

²² Na temat charakterystycznych cech franczyzy z biznesowego punktu widzenia zob. R.J. Massetti Jr, *Is Your Business Right for Franchising?*, Lulu Enterprises Inc., USA 2007; B. Pokorska, *Przedsiębiorca w systemie franczyzowym*, PARP, Warszawa 2004; Ph.M. Abell, *The Regulation of Franchising*; OECD, *Report on Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements* (b.d.).

W konsekwencji z istoty tej relacji gospodarczej wynika, że stopień samodzielności franczyzobiorcy jest przeważnie mniejszy niż w przypadku zwykłego dystrybutora. W konsekwencji franczyzę można umieścić jako formę pośrednią między agencją i zwykłą dystrybucją. Mniejszy stopień niezależności franczyzobiorcy, jego naturalne uzależnienie od franczyzodawcy oraz konieczność daleko idącej współpracy stron sprawiają, że w umowach franczyzy dopuszczalne będą pewne klauzule, które w przypadku zwykłych umów dystrybucyjnych zostałyby uznane za niedozwolone ograniczenie konkurencji.

Poniżej omówię zakres wspomnianych klauzul. Jednocześnie należy zastrzec, że omawiane rozwiązania są dopuszczalne pod warunkiem, że udział rynkowy franczyzodawcy lub biorcy oraz ich grup kapitałowych nie przekracza 30%²³. Jeśli udział ten jest wyższy, wymagana jest indywidualna ocena prawna każdego przypadku.

III. Podstawy prawne franczyzy w prawie ochrony konkurencji

Regulacja franczyzy przeszła ciekawą ewolucję. Do 1988 roku franczyza była traktowana na równi z innymi formami dystrybucji, a jej specyfika podkreślana była w decyzjach Komisji Europejskiej udzielających poszczególnym franczyzodawcom indywidualnych zwolnień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Następnie Komisja uznała, że franczyza jest na tyle specyficzną formą współpracy gospodarczej, że zasługuje na osobną regulację prawną – tj. zwolnienie grupowe, które zostało udzielone na mocy Rozporządzenia Komisji WE 4087/88 z 30 listopada 1988 r.²⁴. Z kolei od 2000 roku powrócono do starego systemu. Oznacza to, że obecnie franczyza jest traktowana jako jedna z form dystrybucji (sprzedaży)²⁵ podlegająca ogólnym zasadom prawa konkurencji – tj. Polskiemu Rozporządzeniu Wertykalnemu i jego unijnemu odpowiednikowi – Rozporządzeniu Komisji nr 330/2010²⁶. Co ważne, rozporządzenia te nie wprowadzają odmiennych zasad dla umów franczyzy w porównaniu ze zwykłą dystrybucją. Akceptacja specyfiki tej formy współpracy wertykalnej i związanego z nią luźniejszego podejścia do niektórych postanowień mogących ograniczać konkurencję wynika z orzecznictwa unijnego oraz w ograniczonym zakresie z Wytycznych Wertykalnych KE 2010²⁷. Orzecznictwo to bazowało na konstrukcji indywidualnego zwolnienia lub na koncepcji *ancillary restraints*²⁸.

Reasumując, w świetle aktualnych przepisów umowa franczyzy jest jedną z kilku form współpracy wertykalnej i podlega analogicznym rozwiązaniom, jak umowy dystrybucyjne. Odmienności w jej traktowaniu wynikają z praktyki organów antymonopolowych, a nie z konkretnych (tj. specyficznych dla franczyzy) przepisów prawa.

²³ Zob. § 8 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego.

²⁴ Zob. przypis 12.

²⁵ Zdecydowanie rzadziej zakupów.

²⁶ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 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).

²⁷ Orzecznictwo unijne dotyczące franczyzy jest dość ubogie, większość orzeczeń została powołana w niniejszym artykule. Rozbudowany wykaz orzecznictwa z UE, wybranych krajów członkowskich i USA przedstawia Ph.M. Abell w: *The Regulation of Franchising...*, s. 405–409.

²⁸ Należy pamiętać, że jeśli w umowie franczyzy znajduje się zapis ograniczający konkurencję w rozumieniu § 11 lub § 12 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego, który jednak zasługuje na objęcie instytucją indywidualnego zwolnienia, to wówczas istnieje znaczne ryzyko, że cała umowa nie kwalifikuje się do zastosowania do niej ww. Rozporządzenia i podlega ocenie z punktu widzenia instytucji indywidualnego zwolnienia. Na temat różnic między objęciem porozumienia indywidualnym zwolnieniem a zastosowaniem wobec niego instytucji *ancillary restraints* zob. A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej*, iKA R 2012, nr 3(1), s. 5–25 i powołana tam literatura.

Dla porządku dodajmy, że umowa franczyzy rzadko kiedy będzie korzystała ze zwolnienia *de minimis* określonego w art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²⁹. Wynika to z faktu, że umowa taka będzie przeważnie zawierała określone formy wyłączności lub podobne klauzule traktowane jako mające na celu podział rynku i z tego względu nieobjęte zwolnieniem *de minimis*³⁰.

Wspomniane różnice między franczyzą a zwykłą dystrybucją zostaną omówione poniżej. Podzieliłem je na następujące kategorie: a) podstawowe dopuszczalne ograniczenia swobody franczyzobiorcy; b) RPM; c) zakaz konkurencji; d) łączenie dystrybucji selektywnej z wyłączną; e) klauzule lokalizacyjne.

IV. Podstawowe dopuszczalne ograniczenia swobody franczyzobiorcy

1. Prawa własności intelektualnej

Komisja Europejska dopuszcza szereg ograniczeń choćby pośrednio związanych z przeniesieniem lub korzystaniem z PWI. Chodzi o to, aby uniemożliwić franczyzobiorcom nadużywanie PWI do celów, które mogą zagrozić franczyzodawcy i zniechęcić go do rozwijania tej formy działalności.

Komisja przyjmuje, że dozwolone są zatem następujące rozwiązania:

- a) zobowiązanie franczyzobiorcy do nieangażowania się, bezpośrednio lub pośrednio, w jakąkolwiek podobną działalność;
- b) zobowiązanie franczyzobiorcy do nienabywania udziałów finansowych w kapitale konkurencyjnego przedsiębiorstwa;
- c) zobowiązanie franczyzobiorcy do nieujawniania osobom trzecim know-how dostarczonego przez franczyzodawcę, o ile to know-how nie jest ogólnie znane;
- d) zobowiązanie franczyzobiorcy do przekazania franczyzodawcy wszelkich doświadczeń zdobytych podczas realizacji umowy franczyzy i do przyznania franczyzodawcy – oraz innym franczyzobiorcom – licencji niewyłącznej na know-how wynikające z tych doświadczeń;
- e) zobowiązanie franczyzobiorcy do informowania franczyzodawcy o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielono licencji, do podjęcia prawnych działań przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania franczyzodawcy w działaniach prawnych przeciwko takim osobom;
- f) zobowiązanie franczyzobiorcy do niewykorzystywania know-how, na które franczyzodawca udzielił licencji, do celów innych niż franczyza;
- g) zobowiązanie franczyzobiorcy do nieprzenieszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franczyzowej bez zgody franczyzodawcy³¹.

Niemniej Komisja poinformowała, że zastosowanie ww. ograniczeń w umowie franczyzy będzie w pełni dopuszczalne pod warunkiem, że strony spełnią łącznie pięć nw. warunków:

- a) postanowienia dotyczące PWI muszą być częścią porozumienia wertykalnego, tj. porozumienia zawierającego warunki, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedawać pewne towary lub usługi;

²⁹ Ustawa z 16 lutego 2007 r., Dz.U. Nr 50, poz. 331 z dalszymi zmianami (dalej: **Ustawa**).

³⁰ Na temat takich ograniczeń w umowach dystrybucyjnych zob. R. Poźdźik, *Dystrybucja produktów...*, s. 276–277.

³¹ Pkt 45 Wytocznych Wertykalnych KE 2010.

- b) PWI muszą być przeniesione na nabywcę lub musi on otrzymać prawo do korzystania z nich na podstawie licencji;
- c) postanowienia dotyczące PWI nie mogą stanowić podstawowego przedmiotu porozumienia;
- d) postanowienia dotyczące PWI muszą być bezpośrednio związane z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów;
- e) postanowienia dotyczące PWI – w odniesieniu do towarów lub usług objętych porozumieniem – nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających taki sam przedmiot, jak porozumienia wertykalne, które nie są zwolnione na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych (np. ustalanie cen minimalnych)³².

Uważam, że w większości przypadków przedstawione powyżej działania będą dopuszczalne – na podstawie ogólnych zasad unijnego prawa konkurencji – także w zwykłych umowach dystrybucyjnych, a tym bardziej w przypadku franczyzy³³. Widzę tu jedynie kilka, wymienionych poniżej, wyjątków.

Po pierwsze, umieszczenie części z ww. ograniczeń może być niedopuszczalne w zwykłej umowie dystrybucyjnej, jeśli dostawca ma pozycję dominującą. Odmienne jest w przypadku franczyzy, gdzie co do zasady będą one w mojej ocenie obiektywnie uzasadnione naturą tego modelu biznesowego³⁴.

Po drugie, wyjątkiem typowym dla franczyzy jest zakaz angażowania się w działalność konkurencyjną, który może trwać tak długo, jak umowa między stronami oraz jeden rok dłużej³⁵. Natomiast w przypadku zwykłej umowy dystrybucyjnej zakaz konkurowania nie może trwać dłużej niż 5 lat.

Po trzecie, uważam, że na gruncie umowy dystrybucyjnej – tak samo jak w przypadku franczyzy – uzasadnione jest prawo dostawcy do zobowiązania dystrybutora do informowania go o naruszeniach praw własności intelektualnej i współpracy w walce z takimi naruszeniami. Niemniej z uwagi na relacje horyzontalne między dystrybutorami, którzy mieliby podejmować się skoordynowanych przez dostawcę działań przeciwko swoim nieuczciwym konkurentom, kwestia ta może budzić pewne kontrowersje³⁶. Natomiast w przypadku franczyzy jest wprost dozwolona przez KE.

2. Unifikacja akcji reklamowych

Dopuszczalne jest ograniczenie swobody franczyzobiorcy w prowadzeniu własnych akcji marketingowych. Franczyzodawca może np. nałożyć na franczyzobiorcę obowiązek uzyskania każdorazowej zgody na organizowanie akcji reklamowych³⁷. Dopuszczalne jest również zobowiązanie

³² Szczegółowe omówienie ww. warunków znajduje się w punktach 31–38 Wytocznych Wertykalnych KE 2010.

³³ Na temat klauzul umownych dotyczących wykorzystywania PWI w relacjach zarówno wertykalnych, jak i horyzontalnych zob. M. Salamonowicz, *Licencje patentowe i know-how na tle zakazu porozumień antykonkurencyjnych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, rozdz. IV.

³⁴ Na temat obiektywnego uzasadnienia praktyk, które formalnie stanowią nadużycie pozycji dominującej zob. T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 619–623.

³⁵ Kwestie te omawiam w punkcie 6 niniejszego artykułu.

³⁶ Z pewnością obowiązek takiej współpracy mógłby dotyczyć tylko faktycznych naruszeń PWI (takich jak sprzedaż podrobionych towarów), a nie walki z importerami równoległymi lub dystrybutorami zaniżającymi ceny. Warto dodać, że rysuje się tu pewna analogia z tzw. klauzulami *non-challenge*, które w niektórych sytuacjach mogą mieć antykonkurencyjny charakter, a dotyczą ograniczenia prawa użytkownika do kwestionowania ważności udostępnionych mu patentów. Zob. R. Sikorski, *Funkcjonowanie zasobów patentowych w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 289–294 oraz M. Salamonowicz, *Licencje patentowe...*, rozdz. IV, p. 3.2.

³⁷ Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer International 2010, s. 276.

franczyzobiorców do uczestniczenia w akcjach ogólnokrajowych³⁸. Należy tu jednak poczynić dwa zastrzeżenia.

Po pierwsze, organizując akcje marketingowe lub w nie ingerując, franczyzodawca powinien pamiętać, aby każdy z franczyzobiorców zachował swobodę w ustalaniu cen sprzedaży (chyba że mamy do czynienia z wyjątkami, o których będzie mowa w punkcie 5.2). Powinna o tym pamiętać również agencja reklamowa – w niemieckiej sprawie *McDonalds* zakazana koordynacja cenowa była realizowana właśnie przez tę ostatnią³⁹.

Po drugie, uprzednia kontrola materiałów marketingowych franczyzodawcy nie może służyć jako dorozumiany/pośredni sposób nadzoru czy franczyzobiorca nie zaniża cen. Tzn. nie może być tak, że franczyzodawca uniemożliwia albo opóźnia wejście w życie tych form reklamy franczyzobiorcy, które w jego ocenie promują zbyt niskie ceny (może natomiast sprzeciwić się cenom zbyt wysokim). Ten środek kontroli może mieć na celu wyłącznie ochronę integralności, spójności i jakości wizerunku sieci, ale nie ochronę przed agresywną polityką cenową poszczególnych franczyzobiorców (lub podejmowaniem przez nich innych konkurencyjnych działań, dopuszczalnych w świetle prawa).

W orzecznictwie polskim i unijnym brak przykładów, w których omawiane ograniczenie oceniane byłoby z punktu widzenia zwykłej umowy dystrybucyjnej. Niemniej, jak się wydaje w przypadku zwykłej umowy dystrybucyjnej – w przeciwieństwie do franczyzy – całkowite pozbawienie dystrybutora prawa do organizowania samodzielnych akcji reklamowych (a jedynie w uzgodnieniu z dostawcą) mogłoby zostać uznane za ograniczenie konkurencji⁴⁰.

3. Obowiązek raportowania

Bardzo ważną formą współpracy między stronami jest obowiązek raportowania, w tym także co do stosowanych cen detalicznych. Warto zwrócić uwagę, że w sprawie *Sfinks Polska S.A.* przedsiębiorca ten przyznał, że za pośrednictwem systemu komputerowego na bieżąco monitoruje aktualne ceny sprzedaży franczyzobiorców w celu „weryfikowania zgodności działań restauratorów z zakładaną polityką cenową Sfinks”⁴¹.

Prezes UOKiK nie nakazał jednak rezygnacji ze stosowania modułu dającego franczyzodawcy bieżący wgląd w aktualne i historyczne ceny detaliczne stosowane przez franczyzobiorców. Zakazał jedynie stosowania porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych cen sprzedaży produktów oferowanych w restauracjach Sphinx⁴². *A contrario* oznacza to przyzwolenie na stosowanie tego typu systemów.

W mojej ocenie będą one co do zasady⁴³ także dopuszczalne w przypadku zwykłej dystrybucji – nie występują tutaj zatem różnice między tymi dwoma formami dystrybucji⁴⁴. Warto tu

³⁸ Zob. decyzja Komisji w sprawie *ServiceMaster*, pkt 18; oraz decyzja w sprawie *Yves Rocher*, pkt 44.

³⁹ OECD, Report on Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements, s. 95–108, (b. d.), s. 100.

⁴⁰ Można zastanowić się nad kwalifikacją takiego ograniczenia jako pośredniego ustalania warunków sprzedaży towarów, zakazanego przez art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy, aczkolwiek osobiście byłbym ostrożny z taką interpretacją. Dla porządku dodajmy, że ograniczenie prawa do samodzielnych akcji reklamowych w relacjach horyzontalnych traktowane jest jako kartel kontyngentowy (zob. np. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – Komentarz*, Oficyna Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 257–258).

⁴¹ Zob. pkt 29 decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Sfinks*.

⁴² Zob. pkt I sentencji ww. decyzji.

⁴³ Uważam, że aby zakwestionować legalność takiego systemu, organ antymonopolowy musiałby udowodnić, że w konkretnej sytuacji jego skutkiem jest ograniczenie konkurencji (np. poprzez wzrost cen ponad poziom rynkowy), albo że system ten służy do monitorowania RPM.

⁴⁴ Przy czym w obydwu przypadkach informacje o cenach sprzedaży nie mogą być udostępniane stronom trzecim. W przeciwnym razie istnieje ryzyko zarzutu stosowania tzw. zmoły *hub and spoke*, zob. na ten temat: A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience with Hub-and Spoke Conspiracies*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2011, nr 4(5), s. 25–46.

zwrócić uwagę na pogląd F. Wijckmans i F. Tuytschaever, którzy zasadnie podkreślają, że samo monitorowanie przez dostawcę cen sprzedaży stosowanych przez dystrybutorów nie może być kwestionowane, o ile nie łączy się z innymi środkami zmierzającymi do usztywnienia cen⁴⁵.

4. Relacje horyzontalne między stronami umowy franczyzy

W znacznej części przypadków francyzobiorca będzie prowadził pewną liczbę własnych sklepów. Przykładowo Sfinks prowadził 46 własnych restauracji pod marką Sphinx, wobec 45 restauracji francyzowych Sphinx⁴⁶. Oznacza to, że francyzodawca staje się jednocześnie istotnym konkurentem własnych francyzobiorców (a zatem w pewnym zakresie relacje wertykalne zamieniają się w horyzontalne). Niemniej znajdzie tutaj zastosowanie § 6 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego, który akceptuje takie sytuacje⁴⁷. W konsekwencji okoliczność ta będzie miała drugorzędne znaczenie dla analizy antymonopolowej⁴⁸. W tym obszarze nie występują różnice między franczyzą a zwykłą umową dystrybucji.

V. Ustalanie cen odsprzedaży w sieciach francyzowych

1. Ustalanie cen odsprzedaży w sieciach francyzowych – uwagi ogólne

Zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem zarówno unijnym, jak i z krajów członkowskich wertykalne porozumienia cenowe są uznawane za zakazane ze względu na cel, bez konieczności wykazania przez organ antymonopolowy istnienia lub braku antykonkurencyjnych skutków takiego porozumienia⁴⁹. Doprecyzujemy, że chodzi o porozumienia mające na celu zobowiązanie dystrybutora przez dostawcę do stosowania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży jego produktów (dalej: **RPM** od ang. *Retail Price Maintenance*), nie zaś o niewiążące rekomendowanie cen lub ustalanie cen maksymalnych, o ile mogą one być swobodnie obniżane przez dystrybutora/francyzobiorcę.

Przedsiębiorca, który jest zaangażowany w praktykę RPM, może wykazać w oparciu o instytucję indywidualnego zwolnienia, że w konkretnym przypadku przynosi ona więcej prokonkurencyjnych korzyści niż antykonkurencyjnych strat. W Polsce powinno to nastąpić w oparciu o art. 8 ustawy. Francyzodawca zwolni się z zarzutu naruszenia prawa ochrony konkurencji, jeśli udowodni, że RPM: a) przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego oraz b) zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część korzyści wynikających z ograniczenia, oraz c) ograniczenie nie nakłada na zainteresowanych

⁴⁵ F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Vertical Agreements* ..., s.145.

⁴⁶ Zob. pkt 11 ww. decyzji.

⁴⁷ Zakładając, że francyzobiorca nie jest jednocześnie konkurentem francyzodawcy na najwyższym szczeblu obrotu, tj. np. w przypadku Sfinksa – nie działa jako francyzodawca w konkurencyjnej sieci. Sytuacja taka w praktyce nie będzie miała miejsca wobec powszechnie stosowanych w umowach franczyzy zakazów angażowania się w działalność konkurencyjną.

⁴⁸ W decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Sfinks* horyzontalny wymiar praktyki został jedynie zaznaczony w dwóch zdaniach w pkt.108 decyzji, bez uwzględnienia tego faktu ani w zakresie kwalifikacji praktyki, ani w zakresie wymiaru kary.

⁴⁹ Temat ten w odniesieniu do poszczególnych jurysdykcji jest szeroko omawiany m.in. w OECD, *Policy Roundtables, Retail Price Maintenance*, 2008. Pobrano z: <http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>. Jedynym z nielicznych wyjątków od podejścia zakładającego, że porozumienia cenowe (wertykalne i horyzontalne) nie są zakazane ze względu na cel, jest sprawa *VISA*, w której Komisja uznała, że celem porozumienia cenowego o płatności kartami VISA nie było ograniczenie konkurencji. W konsekwencji Komisja przeanalizowała jego potencjalne skutki. Ustaliwszy, że system VISA może mieć antykonkurencyjne skutki, Komisja uznała, że zasługuje on na indywidualne zwolnienie w oparciu o (obecny) art. 101 ust. 3 TFUE (zob. pkt 69–71 decyzji Komisji z 24 lipca 2002 w sprawie *Visa International – Multilateral Interchange Fee* publikowanej w Dz. Urz. UE 2002 L 318/17). Zaznaczmy, że takie podejście spotkało się z krytyką jako niespójne z powszechnie przyjętą metodologią analizy porozumień cenowych – zob. *Konkurrensverket – Swedish Competition Authority* w raporcie *Object contra effect in Swedish and European competition law*, 2009, s. 23 i cytowane tam: A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 223–224.

przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, oraz d) nie istnieje ryzyko wyeliminowania konkurencji.

Co ważne, ciężar dowodu łącznego spełnienia ww. przesłanek spoczywa na przedsiębiorcy. Analogiczne rozwiązania przyjęte są w UE i krajach członkowskich, podobna metodologia analizy działa również w Stanach Zjednoczonych⁵⁰.

Odnosząc powyższe do decyzji UOKiK w sprawie *Sfinks Polska S.A.*, przedsiębiorca ten – jak wynika z uzasadnienia decyzji – nie podjął obrony w oparciu o instytucję indywidualnego zwolnienia⁵¹. Wobec powyższego Prezes UOKiK prawidłowo zakwalifikował wertykalne porozumienie cenowe jako zakazane co do celu, nie rozważając możliwości zastosowania indywidualnego zwolnienia, skoro Sfinks się o nie nie ubiegał.

Zakwalifikowanie komentowanej praktyki Sfinks przez UOKiK jako wertykalnego porozumienia cenowego zakazanego ze względu na cel bez konieczności badania, czy miało ono antykonkurencyjne skutki, jest spójne z dotychczasowym orzecznictwem zarówno Komisji Europejskiej, jak i krajowych organów antymonopolowych.

2. Dotychczasowe orzecznictwo dotyczące RPM w sieciach franczyzowych

Od lat osiemdziesiątych organy antymonopolowe w sposób spójny i konsekwentny uznawały, że zakazane jest stosowanie RPM w relacjach franczyzowych, przy czym w praktyce zakaz ten miał charakter bezwzględny. Przykładowo tylko w latach osiemdziesiątych w Finlandii odnotowano dwie takie sprawy (na rynku ubrań i mebli); we Francji trzy – dotyczące perfum, obuwi sportowego (adidas) i sieci fast food (La Croissanterie); w Niemczech dwie sprawy – dotyczące sieci restauracji (Wienerwald) i sieci fast food (McDonald's). Analogiczny pogląd wyrażały organy antymonopolowe z Kanady, USA, Japonii, Nowej Zelandii, Norwegii, Szwecji i Wielkiej Brytanii⁵².

W UE porozumienia franczyzowe były przedmiotem następujących spraw: decyzja Komisji w sprawie *Charles Jourdan* (1988)⁵³; decyzja Komisji w sprawie *ServiceMaster* (1988)⁵⁴; decyzja Komisji w sprawie *Computerland* (1987)⁵⁵; decyzja Komisji w sprawie *Pronuptia* (1987)⁵⁶; decyzja Komisji w sprawie *Yves Rocher* (1986)⁵⁷; wyrok Trybunału w sprawie *Pronuptia* (1986)⁵⁸. We wszystkich tych decyzjach Komisja (a w ostatniej Trybunał) zwracała uwagę, że franczyzobiorca musi mieć swobodę kształtowania swoich cen detalicznych. W części decyzji Komisja zaznaczyła, że dopuszczalne jest jedynie rekomendowanie cen sprzedaży albo ustalenie maksymalnych cen sprzedaży, pod warunkiem że franczyzobiorca może je swobodnie obniżyć.

Również polska praktyka antymonopolowa odnotowała szereg konsekwentnych decyzji dotyczących polityki cenowej stosowanej w sieciach franczyzowych. Pierwszą z nich była decyzja Urzędu Antymonopolowego z 1992 r. w sprawie *Ruch S.A.*⁵⁹, w której zakwestionowano zapis

⁵⁰ Podobieństwa i różnice między amerykańską *rule of reason* a europejskim systemem zwolnień indywidualnych omawiam w: A. Bolecki, Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013, s. 48–51.

⁵¹ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Sfinks Polska S.A.*, pkt 138.

⁵² Sprawy i poglądy cytowane za: OECD, Report on Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements, s. 95–108 (b.d.).

⁵³ Decyzja Komisji z 2 grudnia 1988 w sprawie *Charles Jourdan*, Dz.Urz. UE 1989 L 35/31.

⁵⁴ Decyzja Komisji z 14 listopada 1988 w sprawie *ServiceMaster*, Dz.Urz. UE 1988 L 332/38.

⁵⁵ Decyzja Komisji z 13 lipca 1987 w sprawie *Computerland*, Dz.Urz. UE 1987 L 222/12.

⁵⁶ Decyzja Komisji z 17 grudnia 1986 w sprawie *Pronuptia*, Dz.Urz. UE 1987 L 13/39 (uwaga: nie jest to ta sama sprawa, której dotyczył wyrok Trybunału).

⁵⁷ Decyzja Komisji z 17 grudnia 1986 w sprawie *Yves Rocher*, Dz.Urz. UE 1987 L 8/49.

⁵⁸ Wyrok Trybunału z 28 stycznia 1986 w sprawie *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*; 161/84; ECR 1986 00353.

⁵⁹ Decyzja z 27 lutego 1992 r. nr UA/DŁ/500-92/JG/92, niepublikowana, utrzymana w całości w mocy wyrokiem Sądu Antymonopolowego z 21 lipca 1992 roku (XVII Amr 12/92 – publikowany w LEX Omega).

umowy franczyzowej dający Ruchowi S.A. wyłączne prawo do ustalania spójnej polityki cenowej dla sieci jego kiosków, w szczególności w zakresie wskazywania cen minimalnych, które miały być stosowane przez franczyzobiorców. Następnie w 2003 roku Prezes UOKiK wydał jedenaście decyzji zakazujących RPM w systemie dystrybucji stosowanym przez Grupę Lotos (wykorzystującym m.in. umowy franczyzy)⁶⁰. Można wskazać także na decyzję UOKiK z 2009 roku dotyczącą zakazu RPM w sieci franczyzowej „Gabinety Partnerskie Rolletic”⁶¹ oraz decyzję z 2010 r.⁶² dotyczącą ustalania cen detalicznych między PKN Orlen a franczyzową stacją paliw „Kogut”, w której została nałożona rekordowo wysoka kara w wysokości 52 736 994,19 złotych, następnie zmniejszona o połowę wyrokiem SOKiK⁶³.

Jedynym znanym mi wyjątkiem od powyższej linii orzeczniczej jest – odosobniony – pogląd Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który uznał, że: „[...] stosowanie jednolitych cen za określone rodzaje towarów jest cechą tego rodzaju działalności gospodarczej. Dowolne ustalenie cen przez poszczególnych partnerów sieci mogłoby hamować rozwój dystrybucji. L. Stecki w pracy „Franchising”, Toruń 1996, podkreśla, że w przypadku franchisingu subordynacyjnego (podporządkowanego), występuje właśnie znaczne oddziaływanie beneficjenta (dawcy franchisingu) na kształtowanie cen sprzedaży”⁶⁴.

W świetle powyższego uzasadniona jest teza, że decyzja UOKiK w sprawie *Sfinks Polska S.A.* stanowi kontynuację dotychczasowej stabilnej, konsekwentnej i spójnej linii orzeczniczej stosowanej nie tylko w Polsce i UE, ale także przez krajowe organy antymonopolowe. Pytanie tylko, czy jej utrzymywanie jest nadal zasadne.

W kwestii zmiany przedstawionego powyżej podejścia do RPM toczy się obecnie ożywiona dyskusja, która sprowadza się do tego czy traktowanie RPM jako praktyki *de facto* zawsze zakazanej jest zasadne, czy też bardziej właściwe jest wyodrębnienie takich sytuacji, w których RPM będzie dozwolone. A jeśli tak, jakie miałyby być to sytuacje i w oparciu o jakie instrumenty prawne/ekonomiczne prowadzić ich analizę⁶⁵. Osobiście jestem zwolennikiem pozostawienia obecnego systemu, w którym RPM traktowane jest jako praktyka zakazana ze względu na cel, z zastrzeżeniem jednak pożądanej zmiany orzecznictwa poprzez wprowadzenie praktycznej, a nie – jak ma to miejsce obecnie – czysto teoretycznej możliwości „zalegalizowania” RPM w trybie indywidualnego zwolnienia.

3. RPM w sieci franczyzowej a w zwykłej dystrybucji

Zasadne jest pytanie o to, czy istota umowy franczyzy powoduje, że RPM w tej formie współpracy powinno być łagodniej traktowane niż w przypadku zwykłych umów dystrybucyjnych.

⁶⁰ Decyzje Prezesa UOKiK – Delegatura w Gdańsku z 31 grudnia 2003 roku Nr RGD 18/2003 do 28/2003.

⁶¹ Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Poznaniu z 31 grudnia 2009 r RPZ nr 31/2009.

⁶² Decyzja Prezesa UOKiK z 16 lipca 2010 Nr DOK – 6/2010.

⁶³ Wyr. SOKiK z 25 września 2012 roku w sprawie XVII Ama 46/11.

⁶⁴ Wyr. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 4 marca 1998 r. (I ACa 636/98). Należy wyjaśnić, że wyrok ten zapadł w sprawie cywilnej, w której sąd nie odwoływał się do przepisów prawa konkurencji. Wątek cen sprzedaży był rozpatrywany przez sąd w kontekście zarzutu franczyzobiorcy (pozwanego), który bezskutecznie twierdził, że brak możliwości samodzielnego kształtowania cen sprzedaży sprawił, że był on bardziej pracownikiem franczyzodawcy niż niezależnym przedsiębiorcą.

⁶⁵ Cenne są tutaj spostrzeżenia: A. Zawłockiej-Turno i B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, R. LXXIII, z. 4, s. 82–87. Zob także: D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, iKAR 2013, nr 3(2), s. 8–22; J. Fidala, *Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych*, iKAR 2012, nr 3(1), s. 26–41; Alison Jones, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe?*, August 2009 European Competition Journal, s. 479–514; Emanuelle Giovannetti i David Stallibrass, *Three Cases in Search of a Theory: Resale Price Maintenance in The UK*, European Competition Journal, December 2009, s. 641–654.

Uważam, że ze względu na opisane w punkcie 2.2. odmienności franczyzy odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, z zaznaczeniem jednak, że w praktyce będą to sytuacje rzadkie. W konsekwencji ewentualna legalizacja RPM w umowach franczyzy powinna być analizowana w oparciu o instytucję indywidualnego zwolnienia. Zwolnienie takie powinno być nieco łatwiejsze do uzyskania niż w przypadku zwykłej dystrybucji (co nie zmienia faktu, że i tak będzie to zadanie bardzo trudne). Ocena RPM w umowach franczyzy i w umowach dystrybucyjnych będzie zatem zbliżona, z zastrzeżeniem, że jak się wydaje w ograniczonej liczbie indywidualnych przypadków franczyzy powinny istnieć większe szanse na zalegalizowanie RPM niż w przypadku klasycznych umów dystrybucyjnych.

Najważniejszym przykładem na powyższe jest RPM w kampaniach niskich cen organizowanych w sieciach franczyzowych, zgodnie z ogólnymi zasadami określonymi w orzeczeniu SN z listopada 2012⁶⁶ i w Wytycznych Wertykalnych KE z 2010 roku⁶⁷. W ww. dokumentach stwierdzono, że posługiwanie się RPM można uznać za prokonkurencyjne w przypadku łącznego spełnienia trzech przesłanek: a) zorganizowanie przez dostawcę kampanii niskich cen; b) prowadzonej w sieciach typu franczyzowego (charakteryzujących się jednolitym modelem dystrybucji); c) w okresie 2–6 tygodni. Co ważne, rozumienie RPM w tym przypadku zawężone jest do cen sztywnych, a nie minimalnych⁶⁸.

Niestety ani SN, ani Komisja nie precyzują, jak liczyć ww. okres 2–6 tygodni, w którym można stosować RPM, tj. przykładowo, ile razy w ciągu roku można zorganizować taką kampanię na ten sam produkt. Nie ma podstaw, aby przyjąć, że okres 6 tygodni nie może być kilkukrotnie powtarzany w ciągu jednego roku kalendarzowego. Jednakże obejściem wspomnianej reguły byłoby organizowanie takich (rzekomych) promocji na ten sam produkt jedna po drugiej. Jak się wydaje, takie kampanie mogą być organizowane na ten sam produkt kilka razy w roku; powinny być jednak oddzielone racjonalnymi terminami⁶⁹. Nie ma w mojej ocenie przeszkód, aby w tym samym terminie franczyzodawca organizował kampanie niskich cen z wykorzystaniem RPM na różne produkty. Sumowaniu podlegałyby w mojej ocenie tylko kampanie dotyczące tego samego produktu.

W świetle powyższego można podać następujący przykład. Ogólnopolska sieć fast food chce wprowadzić w okresie ferii zimowych oraz 6 tygodni wakacji letnich na terenie całego kraju we wszystkich swoich placówkach cenę 1,99 zł za kanapkę (która wcześniej w zależności od lokalizacji kosztowała np. między 1,90 a 2,30 zł). Takie czasowe ujednolicenie ceny częściowo „w dół” ma prokonkurencyjny wymiar, ponieważ buduje spójny i jednolity wizerunek sieci, ułatwiając wprowadzenie jednej ogólnopolskiej reklamy zawierającej cenę sprzedaży „1,99 zł”, przy jednoczesnym zagwarantowaniu znacznej części konsumentów ceny niższej niż dotychczas.

Częściowo podobna sytuacja była analizowana przez niemiecki sąd najwyższy w wyroku z 8 kwietnia 2003 roku⁷⁰. Chodziło o krótkoterminową akcję sprzedaży batoników Duplo w jede-

⁶⁶ Zob. uzasadnienie wyr. SN z 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11, pkt 18.

⁶⁷ Wytyczne Wertykalne KE 2010, pkt 225.

⁶⁸ Ewentualnie w grę może wchodzić połączenie ceny minimalnej z maksymalną, ale nie sama cena minimalna.

⁶⁹ W kontekście dopuszczalnej liczby takich kampanii warto zwrócić uwagę na art. 15 ust. 5 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że dopuszczalna jest sprzedaż poniżej kosztów w sklepach o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m², o ile ma charakter wyprzedaży posezonalnej, dokonywanej dwa razy w roku na koniec sezonu letniego i zimowego, trwającej każdorazowo nie dłużej niż miesiąc. Ustawodawca potwierdza zatem, że kampanie niskich cen są zwyczajowo organizowane co najmniej dwa razy w roku.

⁷⁰ Sprawa KZR 3/02, wyrok publikowany w serwisie beck-online.de.

nastosztukowym opakowaniu. Akcja wspierana była kampanią reklamową producenta z hasłem „jeden batonik więcej, ale więcej nie kosztuje”. Zarzut dotyczył tego, że dystrybutorzy, nie mogąc wprowadzać konsumentów w błąd, musieli w praktyce usztywnić swoje ceny na czas ww. kampanii reklamowej (tj. stosować je w wysokości, takiej jak dotychczas). Niemiecki sąd uznał jednak, że m.in. z uwagi na krótki okres trwania kampanii i umiarkowanie odczuwalne ograniczenie cenowe praktyka nie miała antykonkurencyjnego charakteru.

Ponadto Komisja, a w ślad za nią Sąd Najwyższy akceptują jeszcze dwie inne sytuacje stosowania RPM – jeśli RPM jest niezbędnym środkiem ułatwiającym wejście producenta na nowy rynek oraz w wyjątkowych sytuacjach – jako narzędzie do zwalczania efektu jazdy na gapę⁷¹. Przy czym dwa ostatnie wyjątki – w odróżnieniu od pierwszego – mają zastosowanie także do zwykłej dystrybucji.

Jak wynika z decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Sfinks Polska S.A. oraz Orlen Oil*⁷², Urząd akceptuje dopuszczalność stosowania RPM w opisanych powyżej sytuacjach, oczekując jednakże, że strona postępowania udowodni prokonkurencyjne efekty RPM, co z pewnością nie jest zadaniem łatwym.

Niezależnie od omówionych powyżej sytuacji należy w mojej ocenie przyjąć, że specyfika franczyzy⁷³ powoduje, że uzyskanie indywidualnego zwolnienia na RPM powinno być praktycznie możliwe także w innych – wyjątkowych – przypadkach franczyzy. Przykładowo, jeśli francyzodawca stworzył sieć bardzo luksusowych i elitarnych restauracji, otoczonych aurą prestiżu, i jednocześnie poniósł znacznie wyższe od przeciętnych nakłady na rozwój i reklamę tej sieci, ma w mojej ocenie prawo oczekiwać, że ceny detaliczne nie będą na poziomie, który w sposób ewidentny niszczy ów elitaryzm i prestiż, zagrażając wizerunkowi sieci i całemu przedsięwzięciu. Przy czym w takiej sytuacji widziałbym możliwość zastosowania ogólnej klauzuli umownej, która zobowiązywałaby francyzobiorców do stosowania cen w wysokości niezagrażającej renomie sieci – tj. wprowadzenie ograniczonego marginesu swobody cenowej dla poszczególnych restauratorów⁷⁴.

VI. Zakaz konkurowania

Zgodnie z § 3 pkt 12 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego zakaz konkurowania oznacza:

- a) wyłączenie uprawnień nabywcy do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów substytucyjnych (zakaz angażowania się w działalność konkurencyjną) lub
- b) zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego przedsiębiorcy ponad 80% swoich wszystkich zakupów towarów objętych porozumieniem wertykalnym i towarów substytucyjnych⁷⁵ (tak rozumiany zakaz konkurowania będzie często tożsamy z zobowiązaniem

⁷¹ Sytuacje te szczegółowo omawiam w: A. Bolecki, *Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży – czas na zmiany*. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11 (Röben Ceramika Budowlana), iKAR 2012, nr 3(1), s. 103–113.

⁷² Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 roku nr DOK -9/2012, zob. pkt 164 i następane decyzji.

⁷³ Zob. cechy charakterystyczne franczyzy omówione w punkcie 2.2. niniejszego artykułu.

⁷⁴ Niemniej należy zauważyć, że podobna klauzula była stosowana w umowach sieci Pronuptia. Klauzula ta zakazywała francyzobiorcy wyrządzania szkody Pronuptii poprzez stosowanie cen detalicznych, które mogły stanowić zagrożenie dla renomy sieci. Wspomniany zapis umowny został zakwestionowany przez Komisję Europejską, a Pronuptia usunęła go z wzorów umów. Zob. pkt 12c decyzji Komisji w sprawie *Pronuptia* z 1987 roku.

⁷⁵ § 3 pkt 3 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego definiuje zobowiązanie wyłącznego zakupu jako: „klauzule zawarte w porozumieniach wertykalnych, na podstawie których nabywca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się kupować towary objęte porozumieniem wertykalnym wyłącznie od jednego dostawcy”.

wyłącznego zakupu, które może oznaczać zakaz zakupu i w konsekwencji także sprzedaży towarów konkurencyjnych⁷⁶).

Zakaz konkutowania jest co do zasady dopuszczalny na okres do pięciu lat. Przy czym w jednej umowie mogą występować jednocześnie dwie ww. jego odmiany⁷⁷. Niemniej jeśli francyzobiorca (dystrybutor) prowadzi działalność w lokalu, do którego prawa przysługują dostawcy, zakaz konkutowania może trwać tak długo, jak korzystanie z lokalu⁷⁸. Jest to dość oczywiste rozwiązanie – trudno bowiem oczekiwać od dostawcy, że będzie tolerował prowadzenie we własnym lokalu działalności na rzecz jego konkurentów.

W literaturze wyrażany jest pogląd, że maksymalny okres pięciu lat, na który można wprowadzić zakaz konkutowania, można stosunkowo łatwo i skutecznie zmodyfikować. Otóż, jeśli strony przed upływem 5 lat (np. po 3 latach czasu trwania jednego porozumienia) zawrą nowe, podobne porozumienie obejmujące klauzule niekonkutowania na 5 lat, wówczas maksymalny pięcioletni termin zakazu niekonkutowania jest zachowany⁷⁹. Podobne stanowisko wyrazili F. Wijckmans i F. Tuytschaever. Autorzy ci przyjmują, że jeśli po upływie okresu 5 lat zakaz konkutowania wygasa, a następnie nabywca wedle własnego wyboru może przystąpić do ponownych negocjacji zakazu konkutowania i dobrowolnie zgodzi się na taki ponowny zakaz, wówczas okres 5 lat liczy się od nowa⁸⁰. Jest to ciekawy, acz kontrowersyjny pogląd, albowiem § 12 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego (podobnie jak art. 5(1)a Rozporządzenia UE) zakazuje ograniczeń, które w sposób bezpośredni lub pośredni, wyraźny lub dorozumiany zakazują konkutowania na czas określony dłuższy niż pięć lat lub na czas nieokreślony⁸¹. W konsekwencji w mojej ocenie zawieranie umów z zakazem konkutowania (dotyczącym tego samego zakresu) na kolejne okresy kilkuletnie (nawet dzielone krótkimi przerwami) spełnia w mojej ocenie przesłankę „pośredniego” ustalania zakazu konkurencji na czas określony dłuższy niż 5 lat, chyba że przerwa między poszczególnymi zakazami będzie długotrwała⁸². Stanowisko Komisji nie jest niestety w tym zakresie jasne⁸³.

W odróżnieniu od powyższych rozważań dotyczących zwykłych umów dystrybucyjnych, w przypadku umów francyzowych przynajmniej częściowy zakaz konkutowania będzie musiał trwać dłużej niż pięć lat – i jest to bardzo istotna różnica w stosunku do zwykłych umów dystrybucyjnych. W przeciwnym razie musielibyśmy zaakceptować – przykładowo – sprzedaż kanapek Burger King w sieci McDonald's, co choćby *prima facie* jest nieracjonalne. Możliwość wydłużenia zakazu konkutowania przez francyzobiorców na okres ponad pięć lat powinna być analizowana w oparciu albo o instytucję indywidualnego zwolnienia, albo *ancillary restraints*. W przypadku umów franczyzy możliwość taka powinna zostać zaakceptowana, albowiem zakaz ten nie ma

⁷⁶ Taki pogląd – z którym moim zdaniem należy się zgodzić – wyraża R. Poździk, *Dystrybucja produktów...*, s. 132. Wspomniany autor cytuje jednocześnie: D. Goydera, *EU Distribution Law*, Hart Publishing 2000, który wyraża zdanie odmienne, tj. że wyłączność zakupów nie jest tożsama z zakazem konkutowania, wobec czego może trwać przez okres dłuższy niż 5 lat.

⁷⁷ Zob. Wytyczne Wertykalne KE 2010, pkt 152; zob. także Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 269.

⁷⁸ Zob. § 12 pkt 1 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego.

⁷⁹ K. Kohutek, *Obowiązek niekonkutowania w porozumieniach wertykalnych*, [w:] *Praktyczne wyjaśnienia oraz wzory umów i pism*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2001–2013.

⁸⁰ F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Vertical Agreements...*, s. 189.

⁸¹ Odmienne od K. Kohutka oraz [...] pogląd wyraża E.D. Sage, która stwierdza, że nie można „obejść warunku 5 lat poprzez np. zawieranie umów na 3 lata i ich milczące odnawianie”, zob. E.D. Sage [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008, s. 237. W mojej ocenie bardziej trafny jest pogląd E.D. Sage.

⁸² Długotrwałym będzie w mojej ocenie w szczególności taki okres, który daje nabywcy faktyczną szansę rozpoczęcia działalności z konkurencyjnym dostawcą.

⁸³ Zob. Wytyczne Wertykalne KE 2010, pkt. 66 ; wcześniejsze Wytyczne KE z 2000 roku nieco odmiennie omawiały tę kwestię (zob. ich punkt 58).

na celu ograniczenia konkurencji, a jest obiektywnie uzasadniony koniecznością zachowania spójności sieci i ochrony know-how. Warto tutaj wskazać stanowisko Komisji, która przyjmuje, że przekazanie istotnego know-how uzasadnia zwykle zakaz konkutowania przez cały czas obowiązywania umowy franczyzy⁸⁴.

Ponadto w przypadku franczyzy często znajdzie zastosowanie – przewidziana w § 12 pkt 3 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego – możliwość zakazania po wygaśnięciu umowy prawa do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów substytucyjnych (i w mojej ocenie – co wprost nie wynika z ww. przepisu – także tych samych towarów co dotychczas), o ile dotyczy lokalu lub terenu, na którym francyzobiorca/dystrybutor prowadził uprzednio działalność oraz o ile jest to niezbędne do ochrony przekazanego mu know-how⁸⁵. Zakaz taki może trwać nie dłużej niż jeden rok po wygaśnięciu umowy, przy czym zakaz na używanie i ujawnianie know-how może być bezterminowy⁸⁶.

W praktyce wątpliwości budzić może to, jak rozumieć sformułowanie „teren, na którym francyzobiorca/dystrybutor prowadził uprzednio działalność”. Czy terenem tym będzie obszar całego kraju, województwa, miasta, a może dzielnicy? Praktyka Komisji nie jest tutaj niestety spójna. W sprawie *Computerland* Komisja wymogła na tym przedsiębiorstwie, aby po wygaśnięciu umowy franczyzy zakaz prowadzenia przez francyzobiorcę działalności konkurencyjnej w stosunku do tej, którą dotychczas prowadził, był ograniczony terytorialnie do obszaru o promieniu 10 kilometrów od jego dotychczasowych punktów sprzedaży⁸⁷. Z kolei w sprawie *Pronuptia* Komisja zaakceptowała zakaz konkurencji na jakimkolwiek obszarze, na którym mogłoby to stanowić konkurencję dla któregośkolwiek z aktualnych francyzobiorców⁸⁸. Natomiast w sprawie *Yves Rocher* mowa była ogólnie o zakazie konkutowania na dotychczas wyłącznym terenie działania byłego francyzobiorcy⁸⁹.

Warto dodać, że w zdecydowanej większości sytuacji omawiany zakaz konkutowania będzie dotyczyć stacjonarnych punktów sprzedaży. W takich sytuacjach można, w mojej ocenie, odwołać się do metod analizy wypracowanych na gruncie koncentracji przedsiębiorców, gdzie przyjmuje się, że rynkiem właściwym jest „obszar, z którego klienci mogą łatwo dotrzeć do sklepu”⁹⁰. Prezes UOKiK przyjmuje, że taki obszar obejmuje promień od 20 do 30 min. jazdy samochodem⁹¹. Niemniej jeśli były francyzobiorca miał przyznany na wyłączność większy obszar geograficzny, wówczas zakaz konkurencji może obejmować cały taki teren, tak jak to zostało zaakceptowane przez Komisję w sprawie *Yves Rocher*.

⁸⁴ Zob. Wytyczne Wertykalne KE 2010, pkt 148.

⁸⁵ Wspomniany § 12 pkt 3 ma zastosowanie także do zwykłych umów dystrybucyjnych, niemniej ponieważ jego celem jest ochrona know-how przekazanego przez dostawcę nabywcy będzie miał zastosowanie przede wszystkim do franczyzy, w ramach której takie know-how jest przekazywane dużo częściej niż w przypadku zwykłej dystrybucji.

⁸⁶ Przy czym należy tutaj uwzględnić przepisy prawa cywilnego, w szczególności art. 365¹ KC, który sprzeciwia się trwaniu stosunków „po wsze czasy”. Wydaje się, że z cywilistycznego punktu widzenia zakaz wykorzystania know-how powinien być zatem ograniczony racjonalnym terminem (nie krótszym od czasu, w którym know-how pozostaje strzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa).

⁸⁷ Zob. pkt 22 (iii) decyzji Komisji w sprawie *Computerland*.

⁸⁸ Zob. pkt 25i decyzji Komisji w sprawie *Pronuptia*.

⁸⁹ Pkt 27, 48 decyzji Komisji w sprawie *Yves Rocher*.

⁹⁰ Decyzja KE z 23 października 2000 roku w sprawie Comp/M.2161 – Ahold/Superdipló.

⁹¹ Oczywiście pełna analiza antymonopolowa jest bardziej rozbudowana, zob. na ten temat W. Szymczak, *Kontrola koncentracji w sektorze handlu detalicznego artykułami codziennego użytku ze szczególnym uwzględnieniem kwestii rynku właściwego*, Warszawa 2009. Pobrano z: http://www.competitionforum.uokik.gov.pl/2009/download/presentation_wojciech_szymczak_pl.pdf.

VII. Dystrybucja selektywna i wyłączna w ramach jednej sieci franczyzowej

Przyjmuje się, że przedsiębiorca organizujący sieć dystrybucyjną ma do wyboru m.in. jeden z dwóch modeli – tj. albo dystrybucję selektywną, albo wyłączną. Zastosowanie jednocześnie (w relacjach z tym samym dystrybutorem) dystrybucji selektywnej i wyłącznej może być uznane za zbyt daleko idące ograniczenie konkurencji, które co do zasady jest zakazane⁹². Niemniej w mojej ocenie w znacznej części przypadków franczyzy powinna istnieć realna szansa zalegalizowania takiego rozwiązania poprzez objęcie konkretnego porozumienia indywidualnym zwolnieniem⁹³. Będzie to zależeć od podejścia organu antymonopolowego rozpatrującego daną sprawę, o czym poniżej.

Wyjaśnijmy, że istotą systemu **dystrybucji selektywnej** jest to, że dystrybutorzy selektywni mogą sprzedawać określone towary/usługi tylko odbiorcom końcowym oraz innym dystrybutorom wchodzącym w skład systemu. Oznacza to, że mają oni bezwzględny zakaz sprzedaży dystrybutorom nieautoryzowanym, tj. niedopuszczonym do systemu dystrybucji selektywnej⁹⁴. Istotą dystrybucji selektywnej nie jest natomiast – jak często się błędnie przyjmuje – to, że dostawca dokonuje selekcji dystrybutorów i podejmuje samodzielną (nieuzgodnioną ze swoimi dystrybutorami) decyzję, że będzie współpracował tylko z tymi, którzy spełniają określone wymogi. Takie rozwiązanie jest bowiem co do zasady dopuszczalne nie tylko w przypadku dystrybucji selektywnej, ale także w zwykłych systemach dystrybucji. Będzie ono prawie zawsze występowało w umowach franczyzy i – w mojej ocenie – niezależnie od tego, jak ukształtowane zostaną inne obszary współpracy – będzie dozwolone.

Z kolei istotą **dystrybucji wyłącznej** jest przypisanie określonym dystrybutorom terytoriów (rzadziej grup klientów), na których wyłącznie oni mogą prowadzić aktywną sprzedaż towarów dostawcy⁹⁵. Każdy z dystrybutorów ma przypisany tylko dla siebie teren, na którym powinien koncentrować swoją działalność. Sprzedaż na terytoriach przypisanych innym dystrybutorom może następować tylko w formie pasywnej, tj. w odpowiedzi na zapytanie następujące z samodzielnej inicjatywy klienta⁹⁶.

W przypadku umów franczyzy przeważnie niezbędne będzie wprowadzenie dystrybucji selektywnej. W przeciwnym razie będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której dany produkt lub usługę można kupić w sieci franczyzowej oraz jednocześnie w każdym innym miejscu, na które franczyzodawca nie ma żadnego wpływu. W oczywisty sposób może to kłócić się z istotą tej formy współpracy (brak ujednolicenia formatu sprzedaży). Ograniczenie kręgu klientów, z którymi franczyzobiorca może handlować, często będzie stanowiło zatem ograniczenie konkurencji, które jest dozwolone jako niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu dystrybucji.

⁹² Zob. Wytyczne Wertykalne KE 2010, pkt 57 i 152; Rozporządzenie Wertykalne UE, art. 4 pkt c oraz Polskie Rozporządzenie Wertykalne, par. 11 ust. 3.

⁹³ Jak się wydaje, odmiennie w tej kwestii wypowiadają się autorzy w: Van Bael & Bellis, *Competition Law ...*, s. 269, którzy wspominają o zakazie łączenia dystrybucji selektywnej z wyłączną, ale nie wspominają o możliwości łagodniejszego traktowania takiego działania w przypadku umów franczyzowych.

⁹⁴ Wynika to wprost z par. § 3 ust. 5 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego.

⁹⁵ R. Poźdźik (*Dystrybucja produktów...*, s. 62) definiuje dystrybucję wyłączną jako polegającą na istotnym ograniczeniu liczby pośredników, często także ograniczeniu sprzedaży danych produktów wyłącznie do jednego punktu sprzedaży w ramach rynku wyodrębnionego na danym terenie. Polskie Rozporządzenie Wertykalne określa dystrybucję wyłączną mianem „zobowiązania wyłącznej dostawy” (§ 3 ust. 4).

Zupełnie czym innym jest zobowiązanie wyłącznych zakupów (zbliżone do zakazu konkurencji i oznaczające obowiązek zakupu określonych towarów tylko u jednego dostawcy), zob. także punkt 6 niniejszego artykułu.

⁹⁶ Różnice między sprzedażą pasywną i aktywną omawiam w: A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, iKAR 2013, nr 3(2), s. 26–29.

Dopuszczalne będzie zatem ograniczenie prawa franczyzobiorcy do sprzedaży/dostaw tylko do: a) klientów ostatecznych oraz b) do pozostałych franczyzobiorców. Natomiast wyłączenie prawa, o którym mowa w punkcie b, czyli obowiązek franczyzobiorców sprzedaży tylko i wyłącznie do klientów ostatecznych, stanowi już niedopuszczalne ograniczenie konkurencji, którego zalegalizowanie w drodze indywidualnego zwolnienia w znacznej części przypadków nie będzie możliwe⁹⁷.

Sieć franczyzowa często będzie wymagać nie tylko dystrybucji selektywnej, lecz także wyłącznej. Z badań Philipa Marka Abella wynika, że w ponad połowie analizowanych przez niego przypadków franczyzodawcy przyznają różne formy wyłączności⁹⁸. Zgodnie z ogólnymi zasadami przedstawionymi w pierwszym akapicie niniejszego punktu zakazane jest łączenie w ramach jednej sieci dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną. Oznacza to, że franczyzodawcy, którzy skorzystali z przywileju dystrybucji selektywnej (co w ich przypadku – odmiennie niż przy zwykłej dystrybucji – prawie zawsze będzie niezbędne), nie mogą jednocześnie wprowadzić zasad dystrybucji wyłącznej. Takie podejście jest w mojej ocenie nazbyt formalistyczne. W praktyce oznacza ono, że franczyzobiorca, który ma zainwestować znaczne środki w otwarcie punktu sprzedaży, przystosowanego do bardzo konkretnego rodzaju działalności, nie może mieć gwarancji, że w najbliższej okolicy nie zainwestują aktywnie działać analogiczni franczyzobiorcy, dublując się nawzajem. Zniechęca go to do poczynienia niezbędnych nakładów na założenie punktu sprzedaży franczyzowej. Z tego względu połączenie w ramach jednej sieci franczyzowej dystrybucji selektywnej (która przeważnie jest fundamentem franczyzy) oraz dystrybucji wyłącznej (tj. przypisania określonego terenu na wyłączność jednemu franczyzobiorcy) w znacznej części przypadków powinno zostać zalegalizowane w drodze indywidualnego zwolnienia⁹⁹.

W dotychczasowym orzecznictwie takie podejście – słusznie – zaprezentowała Komisja Europejska w sprawie *Computerland*, zezwalając – w drodze wyjątku – na współistnienie dystrybucji selektywnej i wyłącznej w ramach sieci franczyzowej zarządzanej przez *Computerland*¹⁰⁰.

VIII. Wymogi co do lokalizacji punktu sprzedaży

Franczyzodawca ma prawo wymagać, aby franczyzobiorca konsultował z nim lokalizację nowo otwieranych placówek. Jeśli z obiektywnych względów lokalizacja wskazana przez franczyzobiorcę jest niespójna z koncepcją rozwoju sieci, można zakazać jej wykorzystania.

W praktyce występują dwa główne powody odmowy akceptacji nowej lokalizacji: a) względy jakościowe (niski prestiż okolicy etc.); b) fakt, że w niedalekiej odległości znajduje się konkurencyjny lokal tej samej sieci.

Odnośnie do pierwszej przyczyny to na gruncie prawa unijnego jest ona w pełni akceptowalna i w ogóle nie wchodzi w zakres zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE¹⁰¹.

⁹⁷ Takie ograniczenie zostało uznane za niedopuszczalne w sprawie *Pronuptia* (zob. ostatnie zdanie pkt 21 wyroku Trybunału z 28 stycznia 1986). Z kolei w decyzji Komisji w sprawie *Computerland* wyraźnie podkreślono, że w ramach zaakceptowanego przez Komisję systemu franczyzobiorcy muszą mieć prawo sprzedaży między sobą (zob. pkt 26 decyzji).

⁹⁸ Zob. Ph.M. Abell, *The Regulation of Franchising...*, s. 101.

⁹⁹ W pkt 191 Wytycznych Wertykalnych KE 2010 wskazano, że „ograniczenia w sprzedaży (terytorium objęte umową i dystrybucja selektywna) [...] prawdopodobnie spełniają warunki wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3”.

¹⁰⁰ Por. decyzja Komisji w sprawie *Computerland*, pkt. 26, 28 i punkt 1 i 2.

¹⁰¹ Zob. pkt 19 wyroku Trybunału w sprawie *Pronuptia*, konsekwentnie powtarzanego w cytowanych decyzjach Komisji. Kwalifikacja takiego wymogu jako niewchodzącego w zakres art. 101 ust. 1 TFUE oznacza, że jest on w pełni dopuszczalny bez względu na udziały rynkowe stron. Niemniej w Polsce ograniczenia co do lokalizacji są zwolnione na mocy § 11 ust. 2a Rozporządzenia Wertykalnego. Taka kwalifikacja oznacza z kolei, że ograniczenia takie są dopuszczalne, jeśli udział stron nie przekracza 30%. Jeśli udział jest wyższy, wówczas istnieje ryzyko zakazu takiej praktyki.

W przypadku drugiej z nich dopuszczalne są dwa rozwiązania: a) przypisanie danego terytorium na wyłączność dla określonego przedsiębiorcy¹⁰² albo b) przyjęcie zasady, że franczyzodawcy mają zakaz otwierania placówek w określonej odległości od swoich konkurentów.

O wyłączności mowa była powyżej. Dodajmy, że w orzecznictwie analizowany był zapis, który zakazywał franczyzobiorcy otwierania więcej niż jednego sklepu na przypisanym mu na wyłączność terenie. W orzeczeniu w sprawie *Pronuptia* Trybunał uznał, że taki zakaz zbyt daleko ingeruje w prawo franczyzobiorcy i co do zasady stanowi ograniczenie konkurencji (które w konkretnej sytuacji może być zalegalizowane na mocy indywidualnego zwolnienia)¹⁰³. Komisja akceptowała takie klauzule w oparciu właśnie o ww. instytucję¹⁰⁴. Również Philip Mark Abell wskazuje, że w praktyce klauzule takie często występują i są pożądane, albowiem zapobiegają „kanibalizacji” poszczególnych elementów sieci franczyzowej¹⁰⁵.

Z kolei zakaz otwierania lokalu w określonej odległości od lokali konkurencyjnych nie budził wątpliwości w orzecznictwie, *de facto* jest on bowiem tożsamy z klauzulą wyłączności.

Porównując powyższe do zwykłej dystrybucji, różnica powstaje w przypadku, jeśli system „zwykłej” dystrybucji ma dodatkowo charakter selektywny. Wówczas – jak już wspominałem – łączenie go z wyłącznością terytorialną może zostać uznane za antykonkurencyjne, podczas gdy w przypadku franczyzy powinno zostać uznane za dozwolone.

IX. Wnioski

1. Franczyza jest jedną z kilku form współpracy wertykalnej i podlega tym samym przepisom co umowy dystrybucyjne. Odmienności w jej traktowaniu wynikają z praktyki organów antymonopolowych, a nie z konkretnych (tj. specyficznych dla franczyzy) przepisów prawa.
2. Można wyróżnić grupę typowych dla franczyzy ograniczeń związanych z prawami własności intelektualnej (zostały one wymienione w punkcie 4 powyżej). Będą one dopuszczalne także w zwykłych umowach dystrybucyjnych z następującymi wyjątkami:
 - a) w zwykłej umowie dystrybucyjnej część z nich może być traktowana jako nadużycie pozycji dominującej dostawcy, podczas gdy w przypadku franczyzy będą one, w mojej ocenie, obiektywnie uzasadnione;
 - b) w przypadku zwykłej umowy dystrybucyjnej zakaz konkutowania (obejmujący zakaz angażowania się przez dystrybutora w działalność konkurencyjną oraz zobowiązanie do zakupu ponad 80% towarów u dostawcy) nie może trwać dłużej niż 5 lat; w przypadku franczyzy zakaz konkutowania może trwać tak długo, jak umowa franczyzy oraz jeden rok po jej wygaśnięciu;
 - c) franczyzodawca ma pełne prawo do zobowiązania franczyzobiorców do informowania go o naruszeniach jego własności intelektualnej i współpracy z nim w walce z takimi naruszeniami; w przypadku zwykłych umów dystrybucyjnych kwestia ta może budzić pewne wątpliwości, aczkolwiek uważam, że takie zobowiązanie również będzie dopuszczalne względem dystrybutorów.

¹⁰² Z zachowaniem prawa innych franczyzodawców do pasywnej sprzedaży (tj. w odpowiedzi na samodzielne zgłoszenie się klienta) na terenie zarezerwowanym na wyłączność dla jednego z nich.

¹⁰³ Wyr. Trybunału w sprawie *Pronuptia*, pkt 24.

¹⁰⁴ Zob. decyzja Komisji w sprawie *Computerland*, pkt 25 oraz decyzja Komisji w sprawie *Yves Rocher*, pkt 54. Zob. także Wytyczne Wertykalne Komisji 2010, pkt 57.

¹⁰⁵ Ph.M. Abell, *The Regulation of Franchising...*, s. 101.

3. W przypadku umów franczyzy łączenie dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną zasługują na akceptację w oparciu o instytucję indywidualnego zwolnienia. W przypadku zwykłych umów dystrybucyjnych szanse na indywidualne zwolnienie są mniejsze.
4. Francyzodawca posiada możliwość pełnego ograniczenia prawa francyzobiorcy do organizowania samodzielnych akcji reklamowych (np. poprzez obowiązek uzyskania zgody na każdą taką akcję, co jednak nie może dotyczyć cen sprzedaży). W przypadku zwykłych umów dystrybucyjnych zakres takiej możliwości jest mniejszy.
5. Praktyka RPM wykazuje dwie odrębności w przypadku umów francyzowych i zwykłej dystrybucji:
 - a) dopuszczalne jest ustalanie z francyzobiorcami sztywnych cen odsprzedaży w kampaniach niskich cen (promocje cenowe) na okres od 2 do 6 tygodni; aktualnie brak wskazówek orzeczniczych, jak liczyć ww. termin; w mojej ocenie nie ma przeszkód, aby w tym samym terminie francyzodawca organizował kampanie niskich cen z wykorzystaniem RPM na różne produkty; sześciotygodniowe kampanie niskich cen na te same produkty mogą być w racjonalny sposób powtarzane w ciągu tego samego roku; nie mogą one być jednak zbyt częste, skoro RPM ma dotyczyć cen niższych od normalnie stosowanych;
 - b) w pozostałym zakresie legalizacja RPM odbywa się – tak jak w przypadku zwykłej umowy dystrybucyjnej – na zasadzie indywidualnego zwolnienia; w mojej ocenie różnica polega na tym, że w przypadku franczyzy szanse na uzyskanie takiego zwolnienia będą większe niż w przypadku zwykłej umowy dystrybucyjnej.