

Marta Dominika Banaś*, Mikołaj Piaskowski**

Od wyroku w sprawie *Pierre Fabre* do decyzji w sprawie *Guess*. Próba zdefiniowania *status quo* co do pewnych ograniczeń nakładanych w związku z prowadzeniem dystrybucji selektywnej w Internecie w oczekiwaniu na wynik przeglądu rozporządzenia blokowego

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Dystrybucja selektywna
 1. Wstęp
 2. Definicja
 3. Ilościowa oraz jakościowa dystrybucja selektywna – cechy systemu i kryteria legalizacji
- III. Porozumienia ograniczające konkurencję – porozumienie celowe oraz skutkowe
- IV. Dystrybucja selektywna w ocenie Komisji oraz krajowych organów ochrony konkurencji
 1. *Pierre Fabre* i całkowity zakaz sprzedaży przez Internet
 2. Raport – analiza sektora handlu internetowego
 3. *Coty* – szansa na nowe podejście
 4. *ASICS* i najpoważniejsze ograniczenia konkurencji – powrót do *Pierre Fabre*?
 5. Podejście do ograniczeń w dystrybucji selektywnej po *Coty* i *ASICS*
 6. *Guess* jako klamra spinająca dotychczasowe rozważania
- V. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel w systemie dystrybucji selektywnej – podsumowanie
 1. Wprowadzenie
 2. Przegląd wniosków
 3. Ograniczenie ze względu na cel w jednym kraju?
- VI. Produkt a system dystrybucji selektywnej – potrzeba klarownego rozstrzygnięcia

Streszczenie

Wraz ze wzrostem popularności systemów dystrybucji selektywnej coraz bardziej aktualną staje się ocena dopuszczalności i ryzyka prawnego związanego z ograniczeniami, w szczególności w Internecie, nakładanymi przez dostawców na dystrybutorów. Niniejszy artykuł analizuje podejście do tego tematu organów ochrony konkurencji i sądów poczynwszy od sprawy *Pierre Fabre* do ostatnio rozstrzygniętej sprawy *Guess* i podejmuje próbę wskazania najistotniejszych kwestii, które powinny zostać podjęte w ramach konsultacji publicznych prowadzonych przez KE

* Aplikantka radcowska w Izbie Warszawskiej; prawnik w dziale Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w kancelarii Baker McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp. k.; e-mail: marta.banas@bakermckenzie.com.

** Prawniki w Baker Mc Kenzie Krzyżowski | Wspólnicy Spółka Komandytowa. E-mail: mikolaj.piaskowski@bakermckenzie.com.

dotyczących rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 oraz wytycznych wydanych do tego rozporządzenia.

Słowa kluczowe: *Asics*; *Coty*; *Guess*; dystrybucja selektywna; ograniczenia ze względu na cel; *Pierre Fabre*; platformy, rozporządzenie blokowe.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

Oczywisty dziś trend, pokazany m.in. w Raporcie dotyczącym badania sektora handlu elektronicznego (dalej: Raport)¹ opublikowanym przez Komisję Europejską (dalej: KE) dnia 10 maja 2017 r., to stały wzrost w ostatnich latach rynku handlu elektronicznego (także w Unii Europejskiej, dalej: UE). Obecnie UE stanowi jeden z największych rynków handlu elektronicznego na świecie. Odsetek osób między 16 a 74 rokiem życia, które zamówiły dobra lub usługi przez Internet wzrósł w ostatnich latach z 30% w 2007 r. do 55% w 2016 r.². Szybki rozwój handlu elektronicznego ma konsekwencje zarówno dla konsumentów, jak i dla przedsiębiorców.

Po pierwsze, handel internetowy zwiększył przejrzystość cenową. Dzięki Internetowi konsumenci mogą natychmiast uzyskać i porównać informacje dotyczące produktów i cen oraz w szybki sposób zmieniać kanały dystrybucji (w Internecie i poza nim). Po drugie, możliwość porównywania cen produktów online prowadzi do zwiększonej konkurencji cenowej, która dotyczy sprzedaży w Internecie i poza nim. Po trzecie, zwiększona przejrzystość cenowa pozwala firmom lepiej monitorować swoje ceny. Po czwarte, dzięki alternatywnym modelom dystrybucji online, takim jak internetowe platformy handlowe, sprzedawcy mają łatwiejszy dostęp do konsumentów. Przy ograniczonych inwestycjach i wysiłkach małe firmy mogą stać się widoczne dla dużych grup konsumentów oraz sprzedawać im produkty przy użyciu platform osób trzecich w wielu państwach członkowskich. Może to jednak kolidować ze strategiami producentów dotyczącymi dystrybucji i promocji marek³.

Wskazuje się bowiem, że trendy te mają istotny wpływ na strategię dotyczącą dystrybucji produktów. W odpowiedzi na większą przejrzystość cenową oraz konkurencję cenową producenci starają się uzyskać większą kontrolę nad sieciami dystrybucji. Tym samym coraz powszechniejsze stają się ograniczenia nakładane przez producentów na swoich dystrybutorów, szczególnie w Internecie i coraz częściej stosowane są one w systemie dystrybucji selektywnej, jako że pozwala ona lepiej kontrolować np. jakość dystrybucji oferowanych produktów, także online.

Porozumienie zawierane w ramach systemu dystrybucji selektywnej, a dokładniej ograniczenia nakładane na dystrybutorów przez producentów, oferujących produkty w kanale online w ramach systemu dystrybucji selektywnej, były dotychczas, zwłaszcza na przestrzeni ostatnich 8 lat, przedmiotem analizy organów ochrony konkurencji. Jednak pomimo szerokiego zainteresowania

¹ Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf (29.05.2019).

² Ibidem, pkt 7.

³ Najważniejsze założenia Raportu dostępne pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final%20report_pl.pdf, pkt 11–14, s. 5–6 (29.05.2019).

tematem wydaje się, że praktyka tych organów nadal nie jest jednolita, a sama KE nie zdecydowała się jednoznacznie odnieść do wszystkich stawianych pytań. W związku z powyższym nadal można mieć wątpliwości choćby co do tego, jakie produkty mogą być objęte dystrybucją selektywną, czy ograniczenia nakładane na dystrybutorów w związku z dystrybucją w Internecie powinny być kwalifikowane jako porozumienia celowe czy skutkowe, w konsekwencji, jakie ograniczenia nakładane na dystrybutorów w ramach dystrybucji selektywnej powinny być uznane za zgodne z prawem.

Niniejszy artykuł stara się, na kanwie wydanej ostatnio decyzji w sprawie *Guess*⁴, wskazać jak przed jej wydaniem organy podchodziły do ograniczeń związanych z prowadzeniem dystrybucji selektywnej online i czy były w tym konsekwentne. Jednocześnie podejmuje próbę wskazania najistotniejszych kwestii, które powinny zostać podjęte w ramach konsultacji publicznych prowadzonych przez KE dotyczących rozporządzenia 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 uzgodnionych⁵ (dalej: rozp. 330/2010) oraz Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁶ (dalej: Wytyczne) tracących swoją moc 31 maja 2022 r. w celu jednoznacznego uregulowania kwestii ograniczeń w handlu online w nowym porządku prawnym po tej dacie. Jednocześnie należy zdawać sobie sprawę, że okres 3 lat w rozwijającej się gospodarce cyfrowej jest na tyle długi, iż z pewnością wiele kwestii⁷ zyska nowe spojrzenie i regulatorów, i innych interesariuszy, dlatego tym trudniej wyrokować, co do ostatecznych rozwiązań w tej sferze. Należy jednak wierzyć, iż wszelkie regulacje, te uaktualnione lub nowe, będą kierować się zasadą klarowności i zapewnią pewność prawa w jak największym stopniu.

II. Dystrybucja selektywna

1. Wstęp

Dystrybucja selektywna jest coraz częściej stosowanym kanałem dystrybucji. Raport wskazuje, że w ciągu ostatnich 10 lat blisko 20% przedsiębiorców zadeklarowało, że wprowadziło system dystrybucji selektywnej (w przypadkach, gdy takie systemy wcześniej nie istniały), 2% rozszerzyło systemy na nowe produkty, a blisko 40% wprowadziło nowe wymogi w swoich umowach dystrybucji dotyczące sprzedaży lub reklamy ich produktów w Internecie⁸.

2. Definicja

Pojęcie „dystrybucji selektywnej” zostało zdefiniowane zarówno w rozporządzeniu 330/2010, jak i w prawie polskim, tj. rozporządzeniu Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (dalej: rozp. RM)⁹.

⁴ Dec. KE z 17.12.2018 r., sprawa AT.40428, *Guess*.

⁵ Dz.Urz. UE 2010 L 102/7.

⁶ Obwieszczenie Komisji, Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz. UE 2010 C 89/3.

⁷ Na przykład najnowszy raport Competition Policy for the digital era (dostępny pod adresem: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>), opublikowany tuż przed oddaniem artykułu do publikacji, poruszający szereg zagadnień związanych z rozwojem polityki konkurencji w erze cyfrowej, pozostających poza zakresem niniejszego artykułu, dostęp na dzień 29.05.2019 r.

⁸ Najważniejsze założenia Raportu pkt 15 (ii), str. 6.

⁹ Dz.U. 2011 Nr 81 poz. 441.

Zgodnie z definicją prawną systemu dystrybucji selektywnej zawartej w art. 1 ust 1 pkt e) rozp. 330/2010 system dystrybucji selektywnej to taki system, w którym „dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio i pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, a dystrybutorzy ci zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system”. Z kolei zgodnie z § 3 pkt 5 krajowego rozporządzenia, system dystrybucji selektywnej to „system dystrybucji, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym jedynie dystrybutorom wybranym według określonych w tym porozumieniu kryteriów, a dystrybutorzy zobowiązują się nie odsprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie”. Definicja dystrybucji selektywnej wskazana w rozporządzeniach jest praktycznie identyczna (Marek, 2016, s. 11–12). Pomimo jednak podobnego brzmienia przepisów, co podkreśla się w doktrynie, występują pomiędzy nimi pewne różnice¹⁰.

Odwołując się do tych definicji, należy również dodać, iż oczywistym jest w ocenie Autorów, że zgodnie z prawem UE oraz prawem polskim, aby mówić o porozumieniu w ramach selektywnej dystrybucji, porozumienie to musi składać się z dwóch części, tj. zawierać wskazanie zobowiązań zarówno dostawcy, jak i dystrybutorów. Te dwa zobowiązania stanowią cechy wyróżniające system dystrybucji selektywnej (Faull i Nikpay, 2014). Również w polskiej literaturze podkreślane jest, że „istotą systemu dystrybucji selektywnej jest nakładanie wzajemnych zobowiązań na strony (co odróżnia system od innych ograniczeń wertykalnych)” (Kohutek, 2008, s. 240). Oznacza to tym samym, że jeśli w ramach porozumienia po pierwsze dostawca (np. producent) zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, a po drugie dystrybutorzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów nieautoryzowanym dystrybutorom, porozumienie to oceniane będzie w ramach systemu dystrybucji selektywnej. Gdyby jednak dany system nie uwzględniał jednej z tych grup zobowiązań (np. nie zawierał zobowiązania co do określonych kryteriów), taki system nie powinien zostać uznany za system dystrybucji selektywnej i tym samym w szczególności oceniany w kontekście ubiegania się o zwolnienie spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na zasadach określonych w rozp. 330/2010 i rozp. RM.

3. Ilościowa oraz jakościowa dystrybucja selektywna – cechy systemu i kryteria legalizacji

Można rozróżnić (i) jakościową dystrybucję selektywną oraz (ii) ilościową dystrybucję selektywną. W przypadku jakościowej dystrybucji selektywnej dystrybutorzy dobierani są jedynie na

¹⁰ W swoim artykule M. Marek zauważa m.in., że po pierwsze, rozp. 330/2010 wskazuje, że dostawca zobowiązuje się odsprzedawać produkty dystrybutorom wybranym według „określonych kryteriów,” z kolei rozp. RM odnosi się do „kryteriów określonych w porozumieniu”. Oznacza to, że na podstawie rozp. RM kryteria powinny być jasno określone w umowie z dystrybutorom, co może być bardziej uciążliwe, gdyż zmiana kryteriów może wymagać wprowadzenia zmian do całej umowy. Po drugie, rozp. RM wskazuje, że zakaz odsprzedaży dotyczy „terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie”, natomiast rozp. 330/2010 mówi o „zarezerwowanym przez dostawcę obszarze objętym tym systemem”. Tu z kolei jednak M. Marek wskazuje, że literalne interpretowanie tych sformułowań prowadzi do podobnego rezultatu, tym samym odmienne zwroty mogą być wynikiem błędnego tłumaczenia definicji systemu dystrybucji selektywnej w rozp. RM. Po trzecie, kolejną różnicą jest użycie sformułowania „bezpośrednio lub pośrednio”. W przypadku rozp. RM zwrot ten odnosi się do zobowiązania, co oznacza, że zawarcie umowy dystrybucyjnej może nastąpić przez pośrednika, który działa z upoważnienia dostawcy. Z kolei w przypadku rozp. 330/2010 zwrot ten odnosi się do sprzedaży, co oznacza, że dostawca może sprzedawać swoje produkty dystrybutorom nie tylko bezpośrednio, ale również pośrednio za pomocą podmiotów, które nie muszą spełniać tych samych kryteriów (np. za pomocą dystrybutorów hurtowych). Oznacza to dopuszczalność tworzenia hurtowej i detalicznej dystrybucji selektywnej z odmiennymi kryteriami dla każdego z poziomów. Niemniej jednak autor wskazuje, że odmienne traktowanie dystrybutorów działających na poziomie detalicznym i hurtowym jest potwierdzone praktyką orzecznictwa TSUE, a tym samym rozdzielenie to należy uznawać za dopuszczalne również na podstawie rozp. RM.

podstawie obiektywnych kryteriów związanych z charakterem produktu. Ograniczenia te mogą dotyczyć np. kwalifikacji pracowników, wyglądu lokali czy wyglądu stron internetowych dystrybutorów¹¹. Nie stosuje się wtedy również bezpośredniego ograniczenia liczby takich dystrybutorów (w odróżnieniu od ilościowej dystrybucji selektywnej).

Pojęcie „obiektywnych kryteriów”, które wymienione jest w definicji systemu dystrybucji selektywnej, było przedmiotem analizy TSUE w sprawie *Auto*¹². TSUE wskazał wówczas, że wyrażenie to powinno być rozumiane jako „kryteria, które można sprawdzić”, ale nie jest konieczne aby kryteria te były obiektywnie uzasadnione oraz stosowane w jednolity oraz niezróżnicowany sposób. Nie jest również konieczna publikacja tych kryteriów. Oznacza to więc, że kryteria muszą być tylko na swój sposób weryfikowalne.

W przypadku gdy mamy do czynienia z czysto jakościową dystrybucją selektywną, system ten co do zasady nie będzie wywoływać żadnych skutków anty konkurencyjnych (tj. nie będzie analizowany na podstawie art. 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹³ lub art. 101 ust. 1 TFUE, pod warunkiem, że spełnione zostaną następujące warunki zdefiniowane w sprawie *Metro*¹⁴:

- 1) charakter danego produktu wymaga systemu dystrybucji selektywnej,
- 2) dystrybutorzy są wybierani na podstawie obiektywnych oraz niedyskryminujących kryteriów,
- 3) kryteria nie wykraczają poza to co jest konieczne.

Brak spełnienia któregokolwiek z kryteriów spowoduje konieczność dokonania oceny systemu na podstawie jego zgodności z art. 6 uokik lub art. 101 ust. 1 TFUE.

Jakościowa i ilościowa dystrybucja selektywna jest zwolniona spod zakazów, o których mowa w art. 6 uokik oraz 101 ust. 1 TFUE przez rozp. 330/2010 oraz rozp. RM pod warunkiem, że udział w rynku dostawcy (np. producenta) i nabywcy (np. dystrybutora), rozpatrywany każdy z osobna, nie przekracza 30%. Dodatkowo, aby można było mówić o wyłączeniu danego porozumienia (tu porozumienia zawartego w ramach dystrybucji selektywnej) porozumienie to nie może być porozumieniem uznanym przez rozp. 330/2010 oraz rozp. RM za *hardcore restrictions*¹⁵ (czyli, jak wskazują Wytyczne oraz art. 4 rozp. 330/2010 zdanie pierwsze, porozumieniem ograniczającym konkurencję ze względu na cel¹⁶) oraz nie może stanowić tzw. wykluczonych ograniczeń¹⁷. Tym samym tylko jeśli wszystkie warunki są spełnione, porozumienie to może zostać wyłączone na podstawie rozp. 330/2010 czy rozp. RM.

Za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore restrictions*), które powinny być głównie zidentyfikowane w kontekście ograniczeń nakładanych w kanale *online* w ramach systemu dystrybucji selektywnej, należy wskazać ograniczenie terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym dystrybutor może sprzedawać towary lub usługi (art. 4 lit. b) rozp. 330/2010) oraz ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub biernej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych (art. 4 lit. c)

¹¹ Wytyczne UE, pkt 175.

¹² Wyr. TS z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11, *Auto 24 SARL vs. Jaguar Land Rover SAS*, ECLI:EU:C:2012:351.

¹³ T.j. Dz.U. 2019, poz. 369.

¹⁴ Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro SB-Grossmärkte v. Komisja*, ECLI:EU:C:1986:399.

¹⁵ Art. 4 rozp. 330/2010.

¹⁶ Wytyczne, pkt 23.

¹⁷ Art. 5 rozp. 330/2010.

rozp. 330/2010)¹⁸. Wytyczne wskazują dodatkowo, że najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji będą wszelkie zobowiązania odwołujące wyznaczonych dystrybutorów od wykorzystywania Internetu w celu dotarcia do większej liczby klientów oraz innych grup klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne (ekwiwalentne) z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym (nie oznacza to, że kryteria muszą być identyczne). Co jednak najważniejsze, za ograniczenie sprzedaży biernej uznane zostanie nie tylko kontraktowe postanowienie zakazujące wprost sprzedaży przez Internet, lecz także takie, które *de facto* (pośrednio) zmierza do tego samego¹⁹.

Za sprzedaż bierną uznaje się odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę towarów lub usług. Formą sprzedaży biernej są np. takie reklamy, które skierowane są do ogółu, a nie są specjalnie skierowane do określonych klientów²⁰. Jak wskazują Wytyczne²¹, Internet jest skutecznym narzędziem umożliwiającym dotarcie do większej liczby klientów czy innych grup klientów niż w przypadku tradycyjnych metod sprzedaży. Tym samym pewne ograniczenia dotyczące wykorzystania Internetu traktuje się jako ograniczenia dotyczące (od)sprzedaży. Dalej, jak wskazują Wytyczne, każdy dystrybutor musi mieć prawo wykorzystywać Internet w celu sprzedaży produktów, a samo wykorzystanie strony internetowej uznaje się za formę sprzedaży biernej, jako że klient może w ten sposób dotrzeć do danego dystrybutora.

Ponadto, porozumienie w ramach systemu dystrybucji selektywnej nie zostanie uznane za antykonkurencyjne porozumienie z uwagi na znikomy stopień jego negatywnego oddziaływania na rynek w sytuacji gdy, zgodnie z art. 7 ust. 1 uokik, udział w rynku właściwym posiadany przez któregokolwiek z przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu (zakładając, że porozumienie nie jest zawarte pomiędzy konkurentami²²) w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%²³ (tzw. porozumienia bagatelne). Udział ten odnosi się zatem do każdego uczestnika porozumienia²⁴.

Nawet jeśli porozumienie zawarte w ramach systemu dystrybucji selektywnej nie korzysta z wyłączenia na podstawie reguły *de minimis*, rozp. RM lub rozp. 330/2010 nadal porozumienie takie może skorzystać z tzw. wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 8 uokik oraz art. 101 ust. 3 TFUE. Porozumienie może skorzystać z wyłączenia indywidualnego bez względu na to czy jest to porozumienie celowe czy skutkowe. Aby jednak mówić o wyłączeniu indywidualnym, konieczne jest spełnienie łącznie przesłanek wskazanych w przywołanych przepisach. Choć, jak wskazano wyżej, wyłączenie indywidualne może mieć zastosowanie do wszelkiego typu porozumień, w tym także wobec tych, które co do zasady mogłyby być uznane za najcięższe naruszenie przepisów prawa konkurencji (tzw. *hardcore restrictions*), przyjmuje się, że spełnienie określonych kryteriów jest w tych przypadkach bardzo trudne (UOKiK, 2013, s. 14).

¹⁸ Odpowiednio § 11 pkt 2 i 3 rozp. RM.

¹⁹ Takie stanowisko jest zgodne ze stanowiskiem prezentowanym w sprawie *Pierre Fabre* opisanąj szczegółowo poniżej.

²⁰ Wytyczne, pkt 61.

²¹ *Ibidem*, pkt 52.

²² W przypadku porozumienia między konkurentami porozumienia zostanie uznane za porozumienie bagatelne w przypadku, gdy łączny udział przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu na rynku właściwym nie przekracza 5%. W przypadku prawa UE udział procentowy w rynku właściwym wynosi 10% (Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, pkt II.8 lit. a).

²³ W przypadku prawa UE udział procentowy w rynku właściwym wynosi 15% (Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, pkt II. 8 lit. b).

²⁴ Należy jednak wskazać, że za porozumienia bagatelne nie zostaną uznane zmywy cenowe i przetargowe oraz porozumienia podziałowe i kontyngentowe, które z natury rzeczy są zawsze szkodliwe dla konkurencji i zakazane.

III. Porozumienia ograniczające konkurencję – porozumienie celowe oraz skutkowe

Dla celów dalszej analizy ograniczeń *online* związanych z prowadzeniem systemów dystrybucji selektywnej należy choćby zarysować koncepcję podziału porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel lub skutek, by móc spojrzeć na stosowanie jej w sprawach dotyczących właśnie dystrybucji selektywnej.

Porozumienia ograniczające konkurencję można podzielić na te, które skutkują ograniczeniem konkurencji lub te, które mają antykonkurencyjny cel. Podział ten jest istotny z punktu widzenia samego postępowania antymonopolowego – uznanie określonego porozumienia jako mającego antykonkurencyjny cel, zwalnia organy ochrony konkurencji z wymogu udowodnienia antykonkurencyjnego skutku. Organ nie musi przeprowadzać uciążliwej oraz czasochłonnej analizy rzeczywistych lub potencjalnych skutków na rynku czy określać sytuacji, która miałaby miejsce w przypadku braku porozumienia. Z drugiej jednak strony w zdecydowanie mniej korzystnym położeniu znajdują się podmioty zawierające porozumienie, dla których utrudnione jest powoływanie się na wszelkie przywileje, które legalizują zawarte porozumienie (Kohutek i Sieradzka, 2014). Porozumienia mające antykonkurencyjny cel uznawane są bowiem za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore restrictions*), a tym samym co do zasady nie podlegają regule *de minimis* oraz nie mogą skorzystać z wyłączenia grupowego, jak również istnieje ograniczone prawdopodobieństwo, że porozumienie to skorzysta z wyłączenia indywidualnego (o czym szczegółowo poniżej) (Kohutek i Sieradzka, 2014). Co za tym idzie, w szczególności przy tego rodzaju porozumieniach nakładane są wysokie kary na jego uczestników. Takie podejście do porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel podyktowane jest tym, że porozumienia te zawsze lub prawie zawsze wywołują skutki ograniczające konkurencję.

Orzecznictwo w tym zakresie nie było i nadal nie jest jednolite, w szczególności w kontekście tego, jak bardzo w ocenie porozumień należy brać pod uwagę ich kontekst, by móc przesądzić, iż ograniczenie jest właśnie ze względu na cel²⁵.

Pierwotne orzeczenia skupiały się na przykładach, które można było zakwalifikować jako „oczywiste naruszenia konkurencji”. Jednak szersze ujęcie tej kwestii pojawiło się choćby w wyrokach w sprawach *T-Mobile*²⁶ oraz *Allianz Hungaria*²⁷. W tej pierwszej wskazywano, że rozróżnienie „naruszeń ze względu na cel” i „naruszeń ze względu na skutek” jest związane z okolicznością, że pewne formy zмовы między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji (w tym konkretnym przypadku miała to być jednorazowa wymiana informacji przez konkurentów). Podniesiono, że ze względu na użycie w art. 101 ust. 1 TFUE spójnika „lub” należy na początku zbadać czy porozumienie miało antykonkurencyjny cel, a dopiero przy negatywnej odpowiedzi badać jego skutek²⁸. W tej drugiej, TS orzekł, że ograniczenia wertykalne w tej sprawie związane z zakupem usług napraw-

²⁵ Np. wyr. SN z 20.02.2014 r., III SK 26/13, LEX 1448754: „w przypadku porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel to zasadniczo sama treść porozumienia, wsparta oceną kontekstu gospodarczo-prawnego porozumienia, uzasadnia przyjęcie założenia, że do ograniczenia konkurencji doszło już wskutek zawarcia porozumienia. Skutki tego porozumienia nie muszą zmaterializować się w obrocie gospodarczym”.

²⁶ Wyr. TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i in. v. Road van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.

²⁷ Wyr. TS z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungaria Biztosító Zrt i in. v. Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.

²⁸ C-8/08 *T-Mobile*, pkt 28.

czych przez zakłady ubezpieczeń były „celowymi”, mimo że były w zasadzie postanowieniami wymuszającymi nabycie określonej ilości, które nawet w swojej skrajnej formie, tj. zobowiązaniu do wyłącznego zakupu, mogą liczyć na zwolnienie na gruncie rozp. 330/2010 czy rozp. RM oraz że wystarczające było, że miały potencjał do negatywnego wpływu na konkurencję²⁹. Takie podejście wydaje się zbyt daleko idące, nakładające zbyt duży ciężar na przedsiębiorców, a w sposób nieuprawniony zdejmujący go z regulatorów.

Jednakże w wyroku w sprawie *Cartes Bancaires* TS wskazał słusznie, że ograniczenia konkurencji ze względu na cel należy interpretować „zawężająco” i że pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” nie można zastosować do niektórych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami, które są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby nie było konieczności badania ich skutków. Nie wszystkie ograniczenia mogące wywołać negatywny wpływ na konkurencję są bowiem ograniczeniami „skutkowymi”, ponieważ muszą zawierać w sobie wystarczający stopień szkodliwości wobec konkurencji. Ponadto, w trakcie oceny danego porozumienia wskazywane było, że należy wziąć pod uwagę kontekst gospodarczy i prawny porozumień, tj. przeanalizować „charakter dóbr lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i strukturę spornego rynku lub spornych rynków”³⁰. Bez takiego bowiem podejścia w ocenie TSUE doszłoby do zbyt uproszczonego kwalifikowania porozumień jako ograniczających konkurencję ze względu na cel.

Praktyka orzecznicza polskich sądów przyjmuje, że przy ocenie tego pojęcia decydujące znaczenie ma obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, a nie subiektywne wyobrażenie jej stron o celach czy motywach działania³¹, przy czym i tu należy wziąć pod uwagę gospodarczy kontekst danego porozumienia, jego kontekst prawny, jak również zachowanie przedsiębiorców na danym rynku. Konieczne jest tym samym zbadanie treści takiego porozumienia i towarzyszących porozumieniu okoliczności, przy czym wydaje się, że takie podejście zostawia zbyt dużą swobodę regulatorom i może być w pewnych okolicznościach „zbyt szerokie”

Jeśli porozumienie nie zostanie uznane za ograniczające konkurencję ze względu na cel, porozumienie takie musi zostać poddane analizie pod kątem wywoływanych negatywnych skutków. W przypadku skutkowych porozumień wskazuje się, że badanie skutków porozumienia należy rozpocząć od wyznaczenia rynku właściwego, przeprowadzenia analizy ekonomicznej oraz wskazania jak wyglądałaby konkurencja, gdyby porozumienie nie zostało zawarte (Kohutek i Sieradzka, 2014). Oceniając porozumienie, należy również wziąć pod uwagę skutki zarówno aktualne, jak i potencjalne. Innymi słowy porozumienie musi wywoływać prawdopodobne skutki antykonkurencyjne. Jednocześnie porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na skutek musi wpłynąć na rynek właściwy w takim zakresie, że wywoła ono negatywne skutki na cenę, produkcję, innowacje lub jakość produktów czy usług³².

Podsumowując, orzecznictwo co do porozumień celowych nie jest nadal spójne. Jednak w ocenie Autorów koniecznym jest, by organy ochrony konkurencji nie podchodziły zbyt swo-

²⁹ C-32/11 *Allianz Hungaria*, pkt 43.

³⁰ Wyr. TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires v. Komisja*, ECLI:EU:C:2014:2204, pkt 53.

³¹ Wyr. SOKiK z 14.02.2013 r., XVII Ama 101/10, LEX nr 1728393; wyr. SOKiK z 27.02.2013 r., XVII Ama 99/10, LEX nr 1728392. Wyr. SA w Warszawie z 8.05.2014 r., VI ACa 626/13, LEX nr 1506757; wyr. SA w Warszawie z 18.07.2014 r., VI ACa 1515/13, LEX nr 1544987.

³² Komunikat Komisji, Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Dz.Urz. UE 2010 C 11/1, pkt 75.

bodnie do oceny porozumienia jako ograniczającego konkurencję ze względu na cel, tj. powinny stosować tę kwalifikację tylko wtedy, kiedy „celowość” działania przedsiębiorców jest ewidentna, a kontekst sprawy nie dezawuuje tej „ewidentności”, idąc w ślady sprawy *Cartes Bancaires*. To z kolei sprowadza się do wniosku, że uznanie porozumienia jako ograniczającego konkurencję ze względu na cel powinno stanowić wyjątek, a nie regułę, także w kontekście spraw dotyczących dystrybucji selektywnej *online*, co nie zawsze ma miejsce (por. pkt V poniżej).

IV. Dystrybucja selektywna w ocenie Komisji oraz krajowych organów ochrony konkurencji

Jak zaznaczono na początku, porozumienia stosowane w ramach systemu dystrybucji selektywnej *online* (tj. ograniczenia stosowane przez producentów względem dystrybutorów) są w ostatnim czasie w szczególnym kręgu zainteresowania zarówno KE, jak i organów krajowych. Pytania, przed którymi stoją te organy to m.in. kwestia tego:

- 1) jakie produkty mogą być obejmowane systemem dystrybucji selektywnej;
- 2) jakie ograniczenia stosowane w ramach systemu dystrybucji selektywnej, w tym w szczególności w kontekście reklamowania produktów, dystrybucji na platformach czy używania porównywarek cenowych należy uznawać za niezgodne z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji;
- 3) czy ograniczenia nakładane na dystrybutorów należy traktować jako porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na cel czy ze względu na skutek.

Mając na względzie powyższe, w tej części artykułu przedstawiona zostanie dotychczasowa praktyka decyzyjna i orzecznicza.

1. *Pierre Fabre*³³ i całkowity zakaz sprzedaży przez Internet

O przedmiotowej, wielokrotnie analizowanej sprawie (Wijckmans i Tuytschaever, 2018, pkt 254; Faull i Nikpay, 2014, pkt 9.253; Whish i Bailey, 2012, s. 667; Jurkowska-Gomułka, 2012; Kohutek, 2012), należy wspomnieć przede wszystkim dlatego, że wyznacza ona granicę, do której mogą się zbliżyć np. organy ochrony konkurencji w swoich ocenach w przypadku podobnych systemów. Spółka *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS* (dalej: PFDC) w swoich umowach dystrybucyjnych wskazywała, że sprzedaż produktów marek *Klorance*, *Ducray*, *Galénie* oraz *Avéne* powinna odbywać się w przestrzeni fizycznej i obowiązkowo w obecności dyplomowanego farmaceuty³⁴. Zdaniem organu, wymóg obowiązkowej obecności dyplomowanego farmaceuty w fizycznej przestrzeni sprzedaży *de facto* zakazywał autoryzowanym dystrybutorom wszelkiej formy sprzedaży przez Internet. PFDC argumentowała, że produkty te z uwagi na swój charakter wymagają fizycznej obecności dyplomowanego farmaceuty w punkcie sprzedaży, tak aby klient mógł w każdych okolicznościach zasięgnąć indywidualnej opinii specjalisty opartej na bezpośredniej obserwacji skóry, włosów czy naskórka na głowie³⁵.

³³ Wyr. TS z 13.10.2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre przeciwko Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi przy udziale Ministère public* oraz KE, ECLI:EU:C:2011:649.

³⁴ C-439/09 *Pierre Fabre*, pkt 12.

³⁵ C-439/09 *Pierre Fabre*, pkt 17.

Francuski organ ochrony konkurencji stwierdził, że przedmiotowe ograniczenie stanowi porozumienie ograniczające konkurencję. Co więcej wskazał on, że porozumienie to należy zakwalifikować jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel. Organ uznał również, że przedmiotowe porozumienie zakazuje sprzedaży zarówno aktywnej, jak i biernej i stanowi tzw. najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Tym samym, pomimo że PFDC posiadała udział w rynku nieprzekraczający 30%, porozumienie to nie mogło skorzystać z wyłączenia przewidzianego na mocy rozporządzenia UE. Nie przekonały organu argumenty, że zakaz sprzedaży przez Internet przyczyniłby się do poprawy dystrybucji produktów, zapobiegając ryzyku naruszenia praw do znaku towarowego oraz czerpaniu nienależnych korzyści w odniesieniu do autoryzowanych podmiotów ani że charakter produktów i chęć zapewnienia konsumentowi komfortu wymaga fizycznej obecności farmaceuty. Sprawa, na skutek skargi PFDC, trafiła do TS³⁶. Sąd Apelacyjny (*Cour d'appel de Paris*) zapytał TS, czy ogólny i bezwzględny zakaz sprzedaży przez Internet rzeczywiście stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

Po pierwsze, TS powtórzył w ślad za wyrokiem w sprawie *Metro*, że zakazy stosowane w ramach dystrybucji selektywnej nie będą w ogóle uznawane za porozumienia ograniczające konkurencję pod warunkiem spełnienia określonych w tym wyroku przesłanek, tj. i) stosowania względem dystrybutorów obiektywnych kryteriów w sposób jednolity i niedyskryminacyjny, ii) stosowania systemu dystrybucji selektywnej ze względu na charakter produktu oraz iii) stosowania takich kryteriów, które nie wykraczają poza to co jest konieczne.

Trybunał wskazał też, że dystrybutorzy wybierani byli na podstawie obiektywnych kryteriów, jednolicie określonych dla wszystkich potencjalnych dystrybutorów. Niemniej jednak dalej TS wyraźnie wskazał, że cel, który polega na ochronie prestiżowego wizerunku nie powinien stanowić celu zasługującego na ochronę. Nie może tym samym stanowić uzasadnienia dla wprowadzenia analizowanej klauzuli. Ostatecznie TS uznał, że klauzula umowna stosowana przez PFDC w ramach systemu dystrybucji selektywnej „wymagająca, żeby sprzedaż artykułów kosmetycznych i pielęgnacyjnych odbywała się w przestrzeni fizycznej w obowiązkowej obecności dyplomowanego farmaceuty, której konsekwencją jest zakaz wykorzystania Internetu dla celów tej sprzedaży, stanowi ograniczenie ze względu na cel, jeżeli w następstwie indywidualnego i konkretnego zbadania treści i celu tej klauzuli umownej oraz prawnego i gospodarczego kontekstu, w jaki jest ona wpisana, okaże się, że zważywszy na właściwości przedmiotowych produktów taka klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona³⁷”.

Tym samym, TS ocenił, że prestiżowy wizerunek produktu nie zasługuje na ochronę oraz po raz pierwszy wskazał, że klauzula umowna, która *de facto* pośrednio zmierza do ograniczenia konkurencji i zakazuje tym samym sprzedaży przez Internet stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. TS dopuścił jednak możliwość legalizacji porozumienia na podstawie wyłączenia indywidualnego³⁸, pozostawiając w tym przypadku ocenę tej kwestii sądowi krajowemu³⁹.

³⁶ C-439/09 *Pierre Fabr*, pkt 19–23 oraz pkt 28–31.

³⁷ Z takim rozumieniem ograniczenia ze względu na cel zgadza się A. Jurkowska-Gomułka w swojej glosie, wskazując, że „w zakresie, w jakim wyrok *Pierre Fabre* odnosi się do interpretowania pojęcia »ograniczenia ze względu na cel«, zachowuje on absolutną aktualność i przyczynia do ugruntowania orzecznictwa w obszarze rozumienia, jak i wzajemnej relacji przesłanek antykonkurencyjnego celu i antykonkurencyjnego skutku”. Należy podzielić taką opinię.

³⁸ Trybunał nie zdecydował się na dostarczenie sądowi krajowemu wskazówek w tym zakresie, ze względu na niewystarczający materiał dowodowy.

³⁹ Z takim podejściem zgadza się również K. Kohutek w swojej glosie, wskazując, że nawet jeśli porozumienie nie może skorzystać z wyłączenia grupowego, może skorzystać z wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE, pod warunkiem spełnienia wskazanych w przepisie przesłanek.

Ostatecznie sąd utrzymał karę w wysokości 17 000 EUR nałożoną przez francuski organ ochrony konkurencji, idąc w ślad za wytycznymi wskazanymi przez Trybunał. Z kolei badając czy porozumienie może skorzystać z wyłączenia indywidualnego sąd wskazał po pierwsze, że zakaz sprzedaży przez Internet nie był niezbędny dla ochrony konsumentów i że cel w postaci dostarczenia konsumentom odpowiedniej porady mógł zostać osiągnięty za pomocą innych, mniej restrykcyjnych sposobów, np. poprzez link z interaktywnym wideo czy chat z farmaceutą. Po drugie wskazał, że zakaz ten nie zapobiegał ryzyku naruszenia praw do znaku towarowego oraz że niektórzy konkurenci *Pierre Fabre*, aby walczyć z tym problemem, dopuścili możliwość sprzedaży przez Internet. Z kolei jeśli chodzi o czerpanie nienależnych korzyści w odniesieniu do autoryzowanych podmiotów, sąd stwierdził, że *Pierre Fabre* nie przedstawił wystarczających dowodów, ostatecznie stwierdzając, że porozumienie nie może skorzystać z legalizacji porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE⁴⁰.

Sprawa *Pierre Fabre* i tak restrykcyjne podejście TS spowodowało rozbieżności interpretacyjne organów (sądów) państw członkowskich w zakresie ogólnych reguł sprzedaży produktów przez Internet, jak również dezorientację co do zasadności stosowania systemu dystrybucji selektywnej względem poszczególnych produktów. Niejasne mogło być bowiem, jakie produkty uzasadniają wprowadzenie systemu dystrybucji selektywnej (i do dziś zadaniem Autorów kwestia ta nie jest uregulowana na tyle jednoznacznie, by nie generować licznych wątpliwości, jednak opowiadają się zdecydowanie za stanowiskiem, że wszystkie produkty mogą być objęte system dystrybucji selektywnej – o czym więcej w pkt VI poniżej), skoro na ochronę nie zasługuje prestiżowy wizerunek produktu. Tym samym oczekiwano nowego rozstrzygnięcia, które miało rozwikłać wszelkie wątpliwości interpretacyjne. Na rozwiązanie wątpliwości (choć według Autorów wciąż niedostateczne) należało czekać sześć lat, tj. do wydania przez TS wyroku w sprawie *Coty*⁴¹.

Zanim jednak przedstawiona zostanie analiza tego wyroku, wskazane zostaną wnioski, które płyną z Raportu, wydaje się bowiem, że nie pozostały one bez wpływu na rozstrzygnięcie w sprawach *Coty*, *Asics* oraz *Guess*.

2. Raport – analiza sektora handlu internetowego

Badanie sektora e-commerce zajęło KE 2 lata, tj. od 6 maja 2015 roku. Badanie to pozwoliło KE rozeznaczyć się w dominujących tendencjach rynkowych⁴², jednocześnie jednym z założeń było zrozumienie częstości występowania oraz cech charakterystycznych ograniczeń platformowych, a także znaczenia platform handlowych jako kanałów sprzedaży⁴³.

KE w Raporcie wykazała, że ogólnie (tj. nie tylko w zakresie systemu dystrybucji selektywnej) platformy handlowe stanowią istotny kanał sprzedaży w zależności od państwa. W przypadku państw z największym odsetkiem sprzedawców wykorzystujących platformy handlowe wskazane zostały: Niemcy (62%), Wielka Brytania (43%) oraz Polska (36%)⁴⁴, w przeciwieństwie do innych

⁴⁰ Podsumowanie rozstrzygnięć Sądu Apelacyjnego (*Cour d'appel de Paris* dostępne m.in. pod adresem: http://www.mondaq.com/france/x/226538/Antitrust+Competition/France+Paris+Court+Of+Appeal+Upholds+Fine+Imposed+On+Pierre+Fabre+For+Prohibition+Of+Online+Sales?_sm_au_=iVVP01FDnQq7rLMV (29.05.2019).

⁴¹ Wyr. TS z 6.12.2017 r. w sprawie C-230/16 *Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941.

⁴² Najważniejsze założenia Raportu, pkt 4.

⁴³ Ibidem, pkt 38.

⁴⁴ Ibidem, pkt 39(ii).

krajów, gdzie używanie platform jest zdecydowanie rzadsze, np. Austria (13%), Włochy (13%) czy Belgia (4%).

Z kolei wśród najczęściej spotykanych ograniczeń, z którymi spotykają się sprzedawcy, czyli np. dystrybutorzy (które w ocenie Autorów mają największe znaczenie z punktu widzenia niniejszego artykułu) KE wskazała: ograniczenia dotyczące sprzedaży na platformach internetowych (18%), ograniczenia dotyczące sprzedaży na własnej stronie (11%), ograniczenia dotyczące stosowania narzędzi do porównywania cen (9%) oraz ograniczenia dotyczące reklamy w Internecie (8%)⁴⁵.

Dodatkowo, w Raporcie KE przeanalizowała kwestię stosowania ograniczeń platformowych, kwestię wykorzystywania porównywarek cenowych oraz innych ograniczeń.

KE wspomniała w Raporcie, że ograniczenia platformowe nie są rzadkim przypadkiem. Najczęściej sprzedawcy spotykają się z ograniczeniami platformowymi w Niemczech (32%) oraz we Francji (21%). Raport wskazuje również, że mówiąc o ograniczeniach platformowych KE spotykała się z całkowitymi zakazami sprzedaży na platformach internetowych oraz zakazami sprzedaży na takich platformach, które nie spełniały określonych kryteriów. Ograniczenia te najczęściej stosowane były w ramach systemu dystrybucji selektywnej głównie względem produktów markowych, ale nie tylko ograniczonych do produktów luksusowych, złożonych czy technicznych⁴⁶. Uzasadniając wprowadzenie takich ograniczeń, producenci wskazywali m.in. ochronę swojego wizerunku oraz pozycji marki, walkę z podróbkami czy zapewnienie odpowiednich usług klientowi. Wielu sprzedawców wskazywało jednak również, że celem wprowadzania takich ograniczeń jest chęć zmniejszenia przez producentów liczby sprzedawców w Internecie oraz uniknięcia zwiększonej przejrzystości cen⁴⁷.

W konsekwencji KE, na podstawie przeprowadzonych badań, wskazała, że ograniczenia dotyczące sprzedaży na platformach internetowych nie powinny być uznawane jako *de facto* ograniczające sprzedaż w Internecie. Nie można bowiem uznać, że ich celem jest ograniczenie skutecznego użycia Internetu jako kanału sprzedaży. Zdaniem KE, zakaz sprzedaży przez platformy internetowe podmiotów trzecich dotyczy bardziej zagadnienia, w jaki sposób dystrybutor może sprzedawać towary producenta przez Internet i nie ma na celu ograniczenia, komu i gdzie może sprzedawać towary. Tym samym KE wskazała, że nawet całkowite zakazy platformowe nie powinny być uważane za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore restrictions*) w znaczeniu art. 4 lit. b) oraz art. 4 lit. c) rozp. 330/2010, ponieważ ich celem nie jest segmentowanie klientów czy terytorium.

Jednakże KE dodała, że całkowite zakazy dotyczące platform internetowych nie oznaczają, że są one zazwyczaj zgodne z regułami konkurencji UE. KE dopuściła, że zarówno ona, jak i krajowe organy ochrony konkurencji mogą zadecydować inaczej i odrzucić ochronę porozumień wynikającą z rozporządzenia UE na podstawie art. 29 rozp. Rady 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł ochrony konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu⁴⁸, jeżeli w danej sprawie ograniczenia platformowe ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE i nie spełniają wymagań art. 101 ust. 3, tj. nie mogą skorzystać z indywidualnej ochrony. W takim

⁴⁵ Ibidem, pkt 28.

⁴⁶ Ibidem, pkt 40.

⁴⁷ Raport, pkt 514.

⁴⁸ Dz.Urz. UE 2003 L 1/1.

przypadku KE wskazuje, że należy sprawdzić czy dane ograniczenie jest uzasadnione sytuacją na danym rynku, rodzajem produktu, ochroną marki oraz potrzebą udzielenia porad zarówno przed, jak i po sprzedaży⁴⁹.

W przypadku porównywarek cenowych, KE wskazała, że narzędzia te pozwalają (potencjalnym) klientom znaleźć sprzedawcę, który oferuje dane produkty, porównać cenę produktu niewielkim wysiłkiem oraz wybrać tę, która najbardziej odpowiada ich potrzebom⁵⁰.

W Raporcie KE wykazała, że 36% sprzedawców działających w UE wykorzystuje porównywarki cenowe, umieszczając tam swoje oferty. Zgodnie z Raportem najczęściej porównywarki cenowe wykorzystywane są przez sprzedawców we Francji (67%), Austrii (58%), Polsce (55%) oraz Szwecji (54%). Jednocześnie badanie wykazało, że wykorzystywanie porównywarek cenowych jest częściej spotykane w przypadku większych sprzedawców. Oznacza to, że wykorzystanie tego narzędzia jest powszechne. Natomiast jeśli chodzi o kategorię produktów, najczęściej porównywarki cenowe stosowane są względem ubrań, obuwia oraz elektroniki. Jednocześnie 9% respondentów wskazało, że ich umowy przewidują ograniczenia w zakresie stosowania tych narzędzi – ograniczenia te obejmowały zarówno całkowity zakaz wykorzystania porównywarek cenowych, jak i ograniczenia dotyczące wymogów jakościowych jakie porównywarki muszą spełniać⁵¹. Ograniczenia w zakresie stosowania porównywarek cenowych nie są, jak się wydaje, aż tak powszechne biorąc pod uwagę liczbę ich stosowania w poszczególnych krajach członkowskich⁵².

Stanowisko samych producentów względem porównywarek cenowych wskazywało, że ich ocena względem tych narzędzi jest raczej krytyczna, jako że porównywarka skupia się wyłącznie na cenie, co nie jest w ocenie producentów najważniejszym faktorem i może negatywnie wpływać na wybór konsumentów, a tym samym na ocenę innych czynników, tj. luksusowy charakter, wizerunek, jakość, cechy oraz styl⁵³. Zdaniem Autorów ten argument zachowuje aktualność przy ocenie legalności ograniczeń w stosowaniu tych narzędzi, w tym w szczególności na gruncie art. 4 lit. b) rozporządzenia UE, która to ocena nie powinna prowadzić do automatycznego kwalifikowania ograniczeń w tym zakresie jako „celowych” czy *hardcore*, a raczej skupiać się na analizie ich skutków. W tym kierunku powinny iść wnioski KE w ramach przeglądu rozp. 330/2010.

Wracając do Raportu, KE wskazała, że całkowite zakazy wykorzystywania porównywarek cenowych mogą utrudnić (potencjalnym) klientom odnalezienie strony internetowej sprzedawcy a tym samym mogą ograniczyć (autoryzowanemu) dystrybutorowi zdolność do efektywnego promowania swoich ofert w kanale online oraz ograniczyć ruch na jego stronie internetowej. Jednocześnie KE uznała (mniej liberalnie niż w przypadku ograniczeń stosowanych względem platform sprzedażowych), że całkowity zakaz wykorzystywania porównywarek cenowych, który nie jest powiązany z kryteriami jakościowymi, potencjalnie ogranicza efektywne wykorzystywanie Internetu jako kanału sprzedaży i może być uznane za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, tj. ograniczenie sprzedaży biernej w rozumieniu art. 4 lit. b) oraz 4 lit. c) rozp. 330/2010⁵⁴. KE argumentowała to, wskazując, że porównywarka cenowa, w przeciwieństwie do platform sprzedażowych, nie stanowi

⁴⁹ Ibidem, pkt 507–514.

⁵⁰ Ibidem, pkt 515.

⁵¹ Ibidem, pkt 555.

⁵² Ibidem, pkt 526.

⁵³ Ibidem, pkt 535.

⁵⁴ Ibidem, pkt 552.

odrębnego kanału sprzedaży, ale umożliwia dystrybutorom (sprzedawcom) prezentowanie oraz reklamowanie swoich produktów *online* szerszej grupie osób, zwiększając tym samym możliwość odnalezienia ich stron oraz generowania ruchu na ich stronach. Co więcej urządzenie to umożliwia konsumentom przefiltrowanie ofert, porównanie ofert i znalezienie najlepszej oferty. Jednak w ocenie Autorów argumenty te nie powinny przesądzać o automatycznym zaostreniu podejścia KE względem ograniczeń związanych z porównywarkami cenowymi (por. pkt V poniżej).

W przypadku innych ograniczeń, przeprowadzone badanie wskazywało, że niektórzy sprzedawcy są ograniczeni w licytacji czy możliwości użycia znaków towarowych producentów, tak aby uzyskać preferencyjną pozycję w płatnej usłudze odsyłania w wyszukiwarce internetowej (np. Google AdWords) lub mają możliwość licytowania tylko określonych pozycji. W ocenie KE takie ograniczenia zwykle mają na celu ograniczenie wyświetlania stron internetowych (w widocznym miejscu) w przypadku użycia określonych słów kluczowych. W ocenie KE takie działanie może być szczególnie w kręgu zainteresowania producentów, którzy będą chcieli, aby ich własne strony korzystały z uprzywilejowanych miejsc sprzedażowych. Biorąc pod uwagę jednak istotne znaczenie wyszukiwarek internetowych, które zwiększają możliwość odnalezienia oferty w Internecie, tego rodzaju ograniczenia mogą jednakże, w ocenie KE, wywoływać obawy z punktu widzenia art. 101 ust. 1 TFUE, ograniczenia skutecznego wykorzystania Internetu jako kanału sprzedaży poprzez ograniczenie możliwości kierowania klientów na stronę sprzedawcy⁵⁵.

KE w Raporcie wskazała, że dystrybucja selektywna jest najczęściej wykorzystywaną formą dystrybucji w odniesieniu do ubrań, butów, kosmetyków, produktów zdrowotnych, elektroniki, oraz sprzętu domowego. Jeśli chodzi o uzasadnienie dla stosowania systemu dystrybucji selektywnej, ankietowani przedsiębiorcy wskazywali znaczenie wysokiej jakości dystrybucji, m.in. ochronę pozycji rynkowej, ochronę reputacji marki, ochronę luksusowej reputacji marki czy produktu, czy chęć spełnienia oczekiwań klientów kupujących produkty o charakterze *premium*⁵⁶. Raport nie przesądził, że system dystrybucji nie może być stosowany względem innych produktów.

3. Coty – szansa na nowe podejście

W sprawie *Coty Germany GmbH TS* ponownie zmierzył się z tematem dystrybucji selektywnej w związku ze sporem dostawcy luksusowych artykułów kosmetycznych, spółką *Coty Germany GmbH* (dalej: *Coty Germany*) z jej autoryzowanym dystrybutorem, spółką *Parfümerie Akzente GmbH* (dalej: *PA*).

Spór dotyczył ograniczenia nałożonego przez *Coty Germany*, tj. zakazu sprzedaży luksusowych perfum na platformie podmiotu trzeciego. *PA* bowiem prowadziła sprzedaż produktów *Coty Germany* częściowo za pośrednictwem jej własnego sklepu internetowego, a częściowo poprzez platformę *amazon.de*⁵⁷. W umowie łączącej strony *Coty Germany* wprowadziła zakaz wskazujący, że „depozytariusz jest uprawniony do oferowania i sprzedaży produktów przez Internet, pod warunkiem jednak, że działalność w zakresie sprzedaży przez Internet jest prowadzona za pośrednictwem witryny elektronicznej autoryzowanego sklepu i że zachowany jest luksusowy charakter produktów”.

⁵⁵ Ibidem, pkt 632.

⁵⁶ Raport, pkt 234.

⁵⁷ C-230/16 *Coty*, pkt 9.

PA nie zaakceptowało zmian w umowie, z kolei Coty Germany wniosła pozew do niemieckiego sądu pierwszej instancji. Tam Coty Germany przegrała sprawę. Niemiecki sąd pierwszej instancji uznał bowiem, powołując się na sprawę *Pierre Fabre*, że „cel w postaci ochrony prestiżowego wizerunku marki nie może uzasadniać wprowadzenie systemu dystrybucji selektywnej”⁵⁸. Jednocześnie porozumienie zostało uznane za najpoważniejsze ograniczenie prawa ochrony konkurencji. Coty Germany odwołała się od wyroku pierwszej instancji do wyższego sądu regionalnego we Frankfurcie nad Menem (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*). Z kolei sąd ten postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi.

Zanim swój wyrok wydał TS, opinię w tej sprawie wydał Rzecznik Generalny, Nils Wahl, wyjaśniając, że wyrok w sprawie *Pierre Fabre* dotyczył tylko konkretnej klauzuli, a tym samym konkretnego stanu faktycznego, a nie generalnie systemu dystrybucji selektywnej. W swojej opinii Rzecznik Generalny wyraźnie wskazał, iż Coty Germany „nie przewidziała bezwzględnego zakazu sprzedaży przez Internet, uznając tym samym, że taki zakaz może być uzasadniony ze względu na kontrolę wymogów jakościowych”⁵⁹. Dodatkowo Rzecznik Generalny stwierdził, że skoro ograniczenie wprowadzone przez Coty Germany nie stanowiło bezwzględnego zakazu sprzedaży przez Internet, nie można takiego ograniczenia uznać za najpoważniejsze ograniczenie prawa ochrony konkurencji.

Trybunał podzielił stanowisko Rzecznika Generalnego. Po pierwsze, TS wskazał, że system dystrybucji selektywnej nie jest w ogóle uznawany za porozumienie ograniczające konkurencję pod warunkiem spełnienia warunków przewidzianych w sprawie *Metro*. Po drugie, TS wskazał, że dystrybucja selektywna może być konieczna w przypadku artykułów luksusowych, jako że produkty te posiadają „aurę luksusu”, która stanowi zasadniczy element pozwalający konsumentom na odróżnienie ich od innych podobnych towarów, a tym samym wszelkie działania pomniejszające tę aurę mogą wpłynąć na samą jakość tych towarów⁶⁰. W ślad za tym TS stwierdził, że stosowanie systemu dystrybucji selektywnej, którego celem jest głównie zapewnienie luksusowego wizerunku towarów nie jest niezgodne z prawem ochrony konkurencji.

Trybunał odniósł się również do rozstrzygnięcia zawartego w *Pierre Fabre* wskazując, w ślad za Rzecznikiem Generalnym, że towary w sprawie *Pierre Fabre* nie były artykułami luksusowymi, ale artykułami kosmetycznymi i pielęgnacyjnymi⁶¹. Na wszelki wypadek TSUE wskazał również, że sprawa *Pierre Fabre* nie ustanawia żadnej zasady wskazującej, że ochrona luksusowego wizerunku nie może uzasadniać wprowadzania ograniczeń w ramach dystrybucji selektywnej⁶². Na marginesie, zdaniem Autorów, dyskusja ta nie wpływała na rozstrzygnięcie czy wszystkie produkty mogą być objęte tym systemem, raczej w konkretnym stanie faktycznym próbowano odnieść się w niej do tego, co jest a co nie jest produktem luksusowym (jak się wydaje bez jednoznacznego rozstrzygnięcia).

Ostatecznie TS wskazał, że ograniczenie stosowane przez Coty Germany nie wprowadzało całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet, ale zakazywało jedynie sprzedaży produktów za pośrednictwem platform należących do osób trzecich, np. poprzez platformę Amazon. Dystrybutorzy

⁵⁸ Ibidem, pkt 17.

⁵⁹ Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla przedstawiona w dniu 26.07.2017 r., sprawa C-230/16, pkt 62.

⁶⁰ C-230/16 *Coty*, pkt 25.

⁶¹ Ibidem, pkt 32.

⁶² Wątpliwości pojawiały się przede wszystkim na gruncie interpretacji pkt 46 sprawy *Pierre Fabre*.

bowiem mogli reklamować się za pośrednictwem Internetu na platformach osób trzecich i korzystać z wyszukiwarek online, wobec czego klienci byli w stanie odnaleźć dostępną w Internecie ofertę dystrybutorów za pomocą powyższych narzędzi. Dodatkowo TS wskazał, że w sprawie tej nie wydaje się możliwe wyodrębnienie z grupy kupujących online klientów korzystających z platform osób trzecich⁶³. Tym samym TS stwierdził, że w tak przedstawionych okolicznościach, choć wprowadzony zakaz ograniczał konkretną formę sprzedaży przez Internet, to nie ograniczał on grupy klientów dystrybutorów w rozumieniu art. 4 lit. b) rozp. 330/2010 ani nie ograniczał biernej sprzedaży przez autoryzowanych dystrybutorów ostatecznym użytkownikom zgodnie z art. 4 lit. c) rozp. 330/2010⁶⁴. Tym samym postanowienie stosowane przez Coty Germany nie mogło zostać uznane za najpoważniejsze ograniczenie ochrony konkurencji⁶⁵. Takie podejście było zgodne ze stanowiskiem KE przedstawionym w Raporcie.

Jednakże wyrok ten nie rozwiązał ostatecznie problemu ograniczeń stosowanych w ramach systemu dystrybucji selektywnej. Pojawiły się bowiem kolejne pytania. Po pierwsze, jak należy rozumieć „produkt luksusowy” oraz czy system dystrybucji selektywnej może być stosowany względem produktów, które nie posiadają „aury luksusu”. Po drugie, wyrok w sprawie *Coty*, podobnie jak *Pierre Fabre*, skupiał się na określonym stanie faktycznym i nie wskazywał jak należy traktować inne ograniczenia nakładane w ramach systemu dystrybucji selektywnej w sprzedaży online, np. ograniczenia co do stosowania porównywarek cenowych czy ograniczenia dotyczące użycia znaku towarowego jako słowa kluczowego np. w usłudze Google Adwords. Co więcej, sprawa *Coty* nie zawierała wskazówek co do oceny jednoczesnego stosowania kilku rodzajów postanowień, które znacznie ograniczają (lecz teoretycznie nie uniemożliwiają) dystrybutorom sprzedaż przez Internet.

Jednocześnie coraz głośniejsze mówiono o niemieckiej sprawie, w której Bundeskartellamt mierzył się z ograniczeniami nakładanymi na dystrybutorów oferujących swoje produkty online w ramach systemu dystrybucji selektywnej. Co więcej, publiczne wypowiedzi niemieckiego organu ochrony konkurencji wyraźnie wskazywały na jego odmienne podejście do tematu i nie wydawało się żeby organ ten przyjął „bardziej ekonomiczne podejście”. Prezes niemieckiego organu ochrony konkurencji, Andreas Mundt, stwierdził, zaraz po wydaniu wyroku w sprawie *Coty*, że wyrok ten ma ograniczony zakres i na pewno nie może dawać wolnej ręki w zakresie stosowania ograniczeń względem platform internetowych: „Na pierwszy rzut oka widzimy tylko ograniczony wpływ [wyroku] na naszą praktykę decyzyjną. [TS] dołożył wszelkich starań aby ograniczyć swoją wypowiedź tylko do obszaru rzeczywistych produktów prestiżowych, gdzie aura luksusu jest istotną częścią samego produktu. Niemiecki organ ochrony konkurencji w swojej dotychczasowej praktyce musiał zmierzyć się z producentami markowych produktów, które nie wchodziły w zakres produktów luksusowych. Zgodnie z pierwszą oceną Autorów tacy producenci nie mogą mieć wolnej ręki aby ograniczać *per se* swoich dystrybutorów w związku z używaniem przez nich platform sprzedażowych⁶⁶”.

⁶³ C-230/16 *Coty*, pkt 67.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 68.

⁶⁵ Wniosek ten wskazywany był również w Raporcie.

⁶⁶ Podcast: *Luxury goods, online marketplaces & a heated antitrust debate*: <https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/antitrust/europe/luxury-brands-eu-court-win-shifts-fight-over-online-sales-bans-to-national-authorities> (29.05.2019).

Zaledwie sześć dni po wyroku TS w sprawie *Coty*, Sąd Najwyższy w Niemczech wydał wyrok w sprawie *ASICS*⁶⁷, znacząco odbiegając, na pierwszy rzut oka, od „bardziej ekonomicznego podejścia” Komisji.

4. *ASICS* i najpoważniejsze ograniczenia konkurencji – powrót do *Pierre Fabre*?

ASICS Deutschland GmbH (dalej: *ASICS DE*) stosowała w ramach systemu dystrybucji selektywnej ograniczenia w przypadku sprzedaży przez dystrybutorów produktów przez Internet. *ASICS DE* zakazywała bowiem w stworzonym przez siebie „Systemie sprzedaży 1.0”:

- 1) używania znaku towarowego *ASICS* jako słów kluczowych w reklamie internetowej zamieszczanej na stronach internetowych podmiotów trzecich, np. w wyszukiwarkach internetowych, banerach reklamowych i tzw. linkach przychodzących⁶⁸,
- 2) współpracy (w tym sprzedaży) z porównywarkami cenowymi,
- 3) sprzedaży produktów na platformach internetowych podmiotów trzecich, np. Amazon.

W ocenie Bundeskartellamt zakaz używania nazwy *ASICS* na stronach internetowych podmiotów trzecich znacznie ograniczył dystrybutorom zwiększenie możliwości wyszukania ich oferty. Tym samym dystrybutorzy nie mogli pozyskiwać nowych klientów. Dodatkowo zakaz ten był niezależny od spełnienia przez strony internetowe podmiotów trzecich określonych kryteriów. Co więcej, Bundeskartellamt wskazał, że ograniczenie: i) nie wypełniało zasady ekwiwalentności w zakresie ograniczeń wprowadzanych w sprzedaży przez Internet oraz w kanale offline; ii) nie było uzasadnione ze względu na jakość produktów (Bundeskartellamt wskazał, że w przeciwieństwie do sprawy *Coty*, sprawa *ASICS* nie dotyczyła produktów luksusowych); iii) nie było uzasadnione z punktu widzenia ochrony znaków towarowych.

W związku z powyższym Bundeskartellamt uznał, że celem zakazu używania nazwy marki na stronach internetowych stron trzecich było ograniczenie sprzedaży produktów przez dystrybutorów do użytkowników końcowych. Bundeskartellamt podkreślił również, że takie ograniczenie może ze swojej natury ograniczać sprzedaż prowadzoną przez dystrybutorów w kanale *online*. Tym samym ograniczenie to uznane zostało za porozumienie celowe, a jednocześnie za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. c) rozp. 330/2010.

W przypadku porównywarek cenowych, Bundeskartellamt ocenił ten zakaz jako duże ograniczenie sprzedaży w kanale online. W ocenie organu, biorąc pod uwagę prawie całkowicie nieograniczony zakres produktów dostępnych w Internecie oraz szeroką działalność dystrybutorów w Internecie, porównywarka cenowa jest bardzo istotnym narzędziem, która pozwala odfiltrować produkty, szczególnie w zakresie ceny, tak aby ostatecznie klient mógł znaleźć najbardziej dla niego korzystną ofertę.

Również i w tym przypadku Bundeskartellamt stwierdził, że ograniczenie nie spełniało zasady ekwiwalentności, jak również, że nie było ono uzasadnione wymogiem jakościowym czy ochroną marki *ASICS*. Uznał bowiem, że sam fakt odnalezienia reklamy produktu *ASICS* w porównywarce nie jest szkodliwy dla marki producenta. Co więcej organ przywołał w tym miejscu sprawę *Pierre Fabre*, wskazując, że „cel, który polega na ochronie prestiżowego wizerunku nie powinien stanowić celu zasługującego na ochronę”. Tym samym Bundeskartellamt wskazał, że celem tego

⁶⁷ Wyr. niemieckiego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof) z 12.12.2017 r., sprawa KVZ 41/17.

⁶⁸ Linki umieszczone na innych stronach, które prowadzą do strony docelowej.

zakazu było ograniczenie dystrybutorom sprzedaży w kanale online. Zakaz ten miał ograniczać również przejrzystość cen w kanałach zarówno online, jak i offline. Ograniczenie przejrzystości cen spowodowało zmniejszenie presji konkurencyjności sprzedaży produktów ASICS w kanale offline. Jednocześnie wyższe ceny za produkty spowodowały zmniejszenie presji konkurencyjnej sprzedawców, którzy oferują produkty sportowe innych marek, w szczególności na rynku obuwia do biegania, gdzie wiodący producenci posiadają łącznie ponad 75% udziału w rynku. Podobnie jak w pierwszym przypadku, ograniczenie to uznane zostało jako porozumienie celowe, a jednocześnie za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. c) rozp. 330/2010. Jak rozumieją to Autorzy ten czynnik (duże pokrycie rynku) stanowił istotny element w analizie ewentualnej „celowości”. Wynika z tego, że w bardziej rozdrobnionym rynku charakter „celowy” mógłby nie być wykazany przez Bundeskartellamt. Uzależnienie oceny porozumienia jako „celowego” od ewentualnego większego lub mniejszego pokrycia rynku (np. o kilka czy kilkanaście procent) zasadniczo budzi dezaprobatę Autorów (por. pkt V poniżej).

Trudno też zgodzić się z podejściem Bundeskartellamtu co do zasady ekwiwalentności ograniczeń w kanale online oraz offline. Bundeskartellamt zdawał się bowiem nie przeanalizować dogłębnie kwestii tego czy ograniczenia nałożone przez Asics w kanale *online* mogły w ogóle znaleźć swój odpowiednik w kanale *offline*. Trudno bowiem znaleźć odpowiednik ograniczenia dla np. porównywarek cenowych. Autorzy zgadzają się ze stanowiskiem prezentowanym przez Bartosza Targańskiego, który wskazuje, że „producent powinien mieć możliwość nakładania ograniczeń na dystrybutorów adekwatnych do specyfiki zagrożeń w danym kanale dystrybucji. Obejmuje to również sytuację, w której producent nakłada ograniczenia jedynie na sprzedaż internetową (gdyż upatruje zagrożenia dla swojej polityki handlowej w tym kanale dystrybucji) i nie nakłada ograniczeń na sprzedaż tradycyjną (gdyż w tym kanale nie występują ekwiwalentne zagrożenia). Ze względu na odmienną specyfikę możliwości i zagrożeń związanych z dystrybucją internetową, producent powinien mieć możliwość podejmowania działań jedynie w odniesieniu do Internetu” (Targański, 2018, s. 104).

Odnosząc się do platform sprzedażowych Bundeskartellamt wskazał, że również i w tym przypadku istnieją mocne argumenty ku temu, aby takie ograniczenie uznać za *hardcore restrictions*, w rozumieniu art. 4 lit. c) rozp. 330/2010. Jednakże Bundeskartellamt wskazał, że w tym konkretnym stanie prawnym to pytanie nie było istotne dla oceny „Systemu sprzedaży 1.0”, jako że naruszenie prawa ochrony konkurencji stwierdzone zostało już na podstawie powyższych ograniczeń. Niemniej jednak Bundeskartellamt zaznaczył, że platformy sprzedażowe, takie jak Amazon czy eBay, mają szeroki zakres działania i wykorzystywane są przez zdecydowaną większość użytkowników. Dodatkowo, badanie przeprowadzone przez organ wykazało, że w szczególności na rynku obuwia sportowego sprzedaż takich produktów za pośrednictwem platform internetowych miała być szczególnie istotna dla dystrybutorów. Tym samym w ocenie Bundeskartellamt zakaz ten nie był ekwiwalentny, jako że ASICS mógł uregulować tę kwestię w mniej restrykcyjny sposób, np. wskazać kryteria, jakie muszą spełniać platformy sprzedażowe.

Podsumowując, Bundeskartellamt uznał ograniczenia wprowadzone przez ASICS wskazane powyżej za antykonkurencyjne porozumienia ze względu na cel, a tym samym za najpoważniejsze porozumienia ograniczające konkurencję.

Niemiecki Sąd Najwyższy orzekając w tej sprawie, wskazał, że internauci są świadomi, że towary oferowane w Internecie mogą różnić się jakością, a szczegółowa oferta jest dostępna na

poszczególnych stronach sprzedawców. Zwrócił również uwagę, że ASICS prowadzi swój sklep internetowy co podważa zarzut, że sprzedaż internetowa nie zapewnia wysokiej jakości obsługi (Targański, 2018, s. 104). Ostatecznie potwierdził stanowisko Bundeskartellamt, nie miał bowiem wątpliwości, że ograniczenia „Systemu sprzedaży 1.0” stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, w rozumieniu art. 4 lit. c) rozp. 330/2010. Sąd Najwyższy uznał wręcz, że już sam fakt wprowadzenia bezwzględnego zakazu stosowania porównywarek cenowych stanowi ograniczenie co najmniej sprzedaży biernej.

W tym miejscu często zestawia się ze sobą sprawy *Coty* oraz *ASICS*, próbując wykazać ich podobieństwo. W ocenie Autorów kluczową częścią wyroku *ASICS* było jednak właśnie odróżnienie od siebie tych dwóch spraw. W ocenie Sądu Najwyższego, *Coty Germany*, w przeciwieństwie do *ASICS*, nie zabraniała reklamowania produktów na stronach internetowych podmiotów trzecich oraz korzystania z porównywarek cenowych. Innymi słowy, ograniczenia nałożone przez *ASICS* miały szerszy zakres i liczba zakazów nakładanych przez *ASICS* zbudowała całą kombinację ograniczeń. Dodatkowo, jak wskazał Sąd Najwyższy obuwie sportowe nie może być uznane za dobro luksusowe, w przeciwieństwie do kosmetyków (już w tym miejscu należy zasygnalizować, iż takie zróżnicowane podejście co do charakteru produktu w kontekście dystrybucji selektywnej nie jest przekonujące – więcej na ten temat w pkt. VI poniżej). Tym samym, nawet brak rzeczywistego zakazu sprzedaży przez Internet, Sąd Najwyższy w Niemczech uznał za najcięższe porozumienia ograniczające konkurencję.

Jednocześnie, uzasadniając swoje podejście, Sąd Najwyższy powołał się na Raport, w którym jak już wcześniej zostało wskazane, KE stwierdziła, że „absolutny zakaz używania porównywarek cenowych utrudnia (potencjalnym) klientom znalezienie strony internetowej sprzedawcy i może tym samym ograniczać zdolność (autoryzowanego) dystrybutora do zwiększania ruchu na swojej stronie internetowej” oraz że „całkowity zakaz używania porównywarek cenowych, który nie jest powiązany z kryteriami jakościowymi, potencjalnie ogranicza efektywne wykorzystanie Internetu jako kanału sprzedaży i może tym samym stanowić najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. b) oraz lit. c) rozp. 330/2010”⁶⁹.

Należałoby zatem zadać pytanie, czy rzeczywiście stanowisko Bundeskartellamt oraz Sądu Najwyższego było odległe od stanowiska wypracowanego przez Komisję w Raporcie czy przez Trybunał w orzecznictwie. W ocenie Autorów zasadniczo sama KE przyzwoliła na tego rodzaju wyrokowanie i pytanie, czy jest w stanie skorygować takie podejście w ramach przeglądu rozp. 330/2010.

Jednocześnie chwilę po wydaniu wyroku w sprawie *ASICS*, Bundeskartellamt wskazał, że aktualne warunki rynkowe oraz preferencje konsumentów w każdym z państw członkowskich wyznaczają istotność poszczególnych kanałów sprzedaży. Tym samym Bundeskartellamt wskazał, że ocena stosowanych kanałów oraz tym samym ograniczeń może zależeć od poszczególnego regionu. Bundeskartellamt jednocześnie wskazał, że w sprawie *Coty TS* w szczególności oparł swoją ocenę na fakcie, że firmowe sklepy internetowe stanowią najważniejszy kanał sprzedaży online. Niemniej jednak ta sytuacja nie odnosi się do rynku niemieckiego. W ocenie Bundeskartellamtu stosowanie platform sprzedażowych oraz porównywarek cenowych jest o wiele bardziej znaczące w Niemczech niż w innych krajach (co wykazała KE w Raporcie).

⁶⁹ Ibidem.

Bundeskartellamt wskazał także, że niejasne pozostaje, w którym miejscu ograniczenia nakładane na platformy internetowe oraz inne ograniczenia nakładane na sprzedaż *online* ograniczają dostępność dystrybutora w takim zakresie, że ograniczenia te podpadają będą pod najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wskazane w rozp. 330/2010. Dodatkowo wskazał, że nie jest jasne kiedy wymagana jest całościowa ocena wszystkich stosowanych ograniczeń (Bundeskartellamt, 2018). O ile z taką obserwacją można się zgodzić, jednak w ocenie Autorów, nie powinna ona prowadzić do przyjęcia logiki, zgodnie z którą skoro nie jest to jasne, to każde ograniczenie sprzedaży przez Internet narusza prawo konkurencji jako *hardcore restriction*, a tak zdaje się rozumować ten urząd.

Bundeskartellamt zasugerował także, że jego ocena ograniczeń może odbiegać od ustalonych standardów ze względu na odmienność rynku niemieckiego. W ocenie Autorów trudno jednak aprobować takie podejście (więcej w tej kwestii w pkt. V poniżej).

5. Podejście do ograniczeń w dystrybucji selektywnej po *Coty* i *ASICS*

Po sprawie *Coty* oraz *ASICS* nie pojawiło się wiele spraw, w których organy ochrony konkurencji czy sądy musiały mierzyć się z ograniczeniami stosowanymi w ramach dystrybucji selektywnej. Jednak rozstrzygnięcia zidentyfikowanych przez Autorów spraw zmierzały w kierunku wytycznych wskazanych w sprawie *Coty*. I tak w marcu 2018 r. Wyższy Sąd Krajowy w Hamburgu zastosował kryteria wskazane w *Coty* względem „tylko” markowych/dobrych jakościowo produktów⁷⁰ i stwierdził, że zakaz sprzedaży takich produktów poprzez platformy internetowe podmiotów trzecich (np. eBay) stosowany w ramach dystrybucji selektywnej nie narusza prawa ochrony konkurencji⁷¹. Uzasadnił to tym, że produkty te były wysokiej jakości, a system obejmował porady oraz usługi dostarczane klientom, których celem było m.in. utrzymanie odpowiedniego wizerunku marki. Jednocześnie sąd ten nie znalazł żadnych podstaw, aby odróżnić od siebie z jednej strony produkty wysokiej jakości oraz produkty luksusowe od innych produktów, które bez przymiotu luksusowości nadal mogą być produktami o wysokiej jakości, wskazując, że również dla produktów wysokiej jakości niezbędny jest system dystrybucji selektywnej w celu utrzymania ich jakości, odpowiedniej ich prezentacji oraz dostępności dla klientów.

Podobnie wypowiedział się w ostatniej sprawie *Stihl* francuski organ ochrony konkurencji (*French Autorité de la concurrence*), wskazując, że zakaz stosowania platform podmiotów trzecich przy sprzedaży nieluksusowych produktów może być uzasadniony z punktu widzenia sprawy *Coty*, pod warunkiem, że zakaz ten jest konieczny i proporcjonalny (*Autorité de la concurrence*, 2018). Niemniej jednak ze względu na ograniczenie wprowadzone przez *Stihl* wskazujące, że sprzedaż przez Internet jest dozwolona tylko w sytuacji, gdy klient odbierze produkt osobiście, francuski organ ochrony konkurencji uznał, że ograniczenie to *de facto* zakazywało sprzedaży w Internecie, uznając je za porozumienie celowe, tj. *hardcore restriction*.

Biorąc pod uwagę sprawę *Coty* oraz późniejsze podejście organów ochrony konkurencji, co do ograniczeń stosowanych w ramach systemu dystrybucji selektywnej, można było wyciągnąć wniosek, że praktyka decyzyjna będzie szła w kierunku „bardziej ekonomicznego podejścia”, oceny skutków danego porozumienia, jego wpływu na rynek a przede wszystkim rozważenia dlaczego

⁷⁰ Suplementy diety, kosmetyki oraz napoje poprawiające kondycję fizyczną.

⁷¹ Produkty dystrybuowane były za pomocą systemu dystrybucji selektywnej w celu zapewnienia klientom zindywidualizowanego doradztwa w związku z ich indywidualnymi potrzebami, biorąc pod uwagę czynniki, takie jak: wiek, płeć, ćwiczenia, wagę, choroby, alergie oraz styl życia.

tego rodzaju ograniczenie zostało wprowadzone. Zmierzało to w konsekwencji do wniosku, że ograniczenia w sprzedaży przez Internet stosowane w ramach dystrybucji selektywnej powinny być uznane w ostateczności za porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na skutek. Dopiero przy bezwzględnym zakazie sprzedaży przez Internet lub wprowadzeniu ograniczeń, które *de facto* uniemożliwiają sprzedaż w Internecie, należałoby rozważać ich ocenienie jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel.

Z ograniczeniem *de facto* KE zmierzyła się w swojej ostatniej decyzji *Guess*⁷². Sprawa ta dotyczyła szeregu praktyk, z którymi KE oraz krajowe organy ochrony konkurencji spotkały się już dotychczas, uznając je za antykonkurencyjne co do celu, dodała jednak do nich kolejny, w postaci ograniczenia użycia znaków towarowych jako słów kluczowych w Google AdWords.

6. *Guess* jako kłamra spinająca dotychczasowe rozważania

Komisja nałożyła na producenta markowych ubrań, tj. *Guess, Inc.*, *Guess Europa, B.V.* i *Guess Europe Sagl* (dalej: *Guess*), karę w wysokości 40 milionów euro za kilka antykonkurencyjnych ograniczeń wertykalnych stosowanych w ramach prowadzonego przez *Guess* systemu dystrybucji selektywnej w odniesieniu do dużej części ubrań oraz akcesoriów.

Wprowadzone ograniczenia przez *Guess* stanowiły element ogólnej strategii, jak wskazała KE, która miała na celu przekierowanie sprzedaży internetowej produktów *Guess* na własną stronę internetową oraz ograniczenie konkurencji międzymarkowej pomiędzy wyznaczonymi dystrybutorami. *Guess* ograniczała wyznaczonym dystrybutorom w swoim systemie dystrybucji selektywnej możliwości m.in.⁷³:

- 1) wykorzystywania marek i znaków towarowych *Guess* do celów reklamy przy użyciu wyszukiwarek internetowych (w szczególności w zakresie reklamy poprzez Google AdWords)⁷⁴ oraz
- 2) prowadzenia sprzedaży przez Internet bez uprzedniego uzyskania od *Guess* szczególnego zezwolenia, którego *Geuss* mogła udzielić lub odmówić, korzystając przy tym z pełnej swobody uznania (nie określono kryteriów jakości, na podstawie których podejmowana byłaby decyzja o udzieleniu bądź odmowie udzielenia zezwolenia).

W przypadku pierwszego ograniczenia, nie było ono przewidziane w umowie pomiędzy *Guess* a dystrybutorem, niemniej jednak ograniczenie to było systematycznie stosowane za każdym razem gdy autoryzowany dystrybutor prosił o zgodę na użycie marek i znaków towarowych *Guess* jako słów kluczowych w ramach reklamy znajdującej się na Google AdWords. Zgoda udzielona została tylko dwa razy. Jak wyjaśniał w wewnętrznych dokumentach *Guess* „polityka polega na tym aby nie pozwalać naszym odbiorcom hurtowym przedstawiać ofert za pomocą Google AdWords, wykorzystując znak towarowy *Guess*” oraz „nigdy nie autoryzowaliśmy podmiotów trzecich (zarówno dystrybutorów hurtowych lub platform internetowych), aby reklamowały naszą markę za pomocą Google, jako że jedynym podmiotem autoryzowanym jest oficjalna strona internetowa *Guess*, tj. *guess.eu*”⁷⁵.

⁷² Dec. KE z 17.12.2018 r., sprawa AT.40428, *Guess*.

⁷³ *Guess* stosowała również inne ograniczenia, tj. zakaz i) prowadzenia sprzedaży na rzecz użytkowników końcowych znajdujących się poza przydzielonym terytorium działania wyznaczonych dystrybutorów; ii) prowadzenia sprzedaży krzyżowej pomiędzy wyznaczonymi sprzedawcami hurtowymi i detalicznymi; iii) określania cen odsprzedaży w sposób niezależny, które pozostają poza zakresem rozważań w niniejszym artykule.

⁷⁴ Sprawozdanie końcowe urzędnika przeprowadzającego spotkanie wyjaśniające, sprawa *Guess*, dostępne pod adresem: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XX0206\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XX0206(02)&from=EN) (29.05.2019).

⁷⁵ *Guess*, pkt 47.

Sprawa ta pokazała – i rzecz jasna nie jest to zaskakujące – że aby mówić o najpoważniejszym ograniczeniu konkurencji nie musi zawsze istnieć postanowienie w umowie, wiadomość e-mail czy też inny przekaz, który wyraźnie wskazuje na taki zakaz. Wystarczy bowiem, że zbudowany zostanie taki system i wprowadzone zostaną takie ograniczenia, które *de facto* doprowadzą do tego samego – uniemożliwią sprzedaż w Internecie.

Pomimo że Guess wprowadziło system dystrybucji selektywnej, aby chronić swoją markę, cel wprowadzonego ograniczenia był zdaniem KE inny. Miało nim być zwiększenie ruchu na swojej własnej stronie internetowej, jak również zminimalizowanie tym kosztów związanych z reklamą kosztem niezależnych dystrybutorów. Tym samym w ocenie KE zakaz ten „ograniczał możliwość wyszukiwania autoryzowanych dystrybutorów, a ostatecznie ograniczał ich rentowność”. Jak wskazała dodatkowo KE, podczas gdy dystrybutorzy Guess co do zasady mogli sprzedawać produkty online, zostali oni pozbawieni możliwości generowania ruchu na swoich stronach internetowych za pomocą usług reklamowych w wyszukiwarkach internetowych. To z kolei ograniczało ich zdolność sprzedaży produktów. Stanowisko to było więc zasadniczo zgodne ze stanowiskiem przedstawionym przez KE już w Raporcie.

W konsekwencji KE uznała, przytaczając wnioski ze sprawy *Coty*⁷⁶, że wprowadzone ograniczenie nie miało żadnego uzasadnionego celu w kontekście prowadzenia działalności w ramach systemu dystrybucji selektywnej, w szczególności nie uzasadniało ono ochrony marki Guess. Następnie, przechodząc do oceny charakteru porozumienia KE, wskazała, że wprowadzone ograniczenie było antykonkurencyjne co do celu, biorąc pod uwagę fakt, że celem Guess było zredukowanie autoryzowanym dystrybutorom możliwości reklamy, a w konsekwencji sprzedaży produktów do klientów. Dodatkowo sam cel wynikał już z samych dokumentów analizowanych przez KE, ochrona marki mogła więc tylko przykrywać rzeczywisty cel wprowadzenia tego zakazu.

W przypadku drugiego ograniczenia, strategią Guess, której celem miało być faworyzowanie swojej własnej strony internetowej, było posiadanie „ograniczonej liczby niezależnych podmiotów sprzedających produkty Guess online”. Aby to osiągnąć Guess wprowadziła postanowienie w umowie wskazujące, że tylko podmiot, który uzyskał zgodę Guess może sprzedawać produkty w Internecie. Dodatkowo nie ustalono kryteriów, które określałyby kiedy taka zgoda zostanie udzielona, a kiedy nie.

Również i w tym przypadku KE uznała ograniczenie za antykonkurencyjne co do celu. Ze względu na strategię Guess polegającą na promowaniu swojej własnej strony internetowej, celem tego postanowienia było ograniczenie sprzedaży w Internecie autoryzowanym dystrybutorom. Tym samym tak szeroko określone uprawnienie Guess mogło być w ocenie KE nieproporcjonalne i skutkować *de facto* całkowitym zakazem sprzedaży w Internecie⁷⁷.

O ile jednak w przypadku tego drugiego ograniczenia trudno polemizować z uznaniem go za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji (absolutny zakaz sprzedaży online), o tyle należy z rezerwą podejść do takiej samej kwalifikacji pierwszego ograniczenia wskazanego wyżej (dotyczącego wykorzystywania marek i znaków towarowych). Wydaje się bowiem, że możliwe jest

⁷⁶ Tj. że jakościowy system dystrybucji selektywnej nie jest uznany za antykonkurencyjny pod warunkiem że wybór podmiotów zajmujących się dalszą sprzedażą dokonuje się w oparciu o kryteria obiektywne o charakterze jakościowym, kryteria ustalone są w sposób jednolity względem wszystkich podmiotów mających zajmować się dalszą sprzedażą i kryteria te stosowane są w sposób niedyskryminacyjny, oraz że ustalone kryteria nie wykraczają poza to, co jest konieczne.

⁷⁷ KE przywołała tutaj sprawę *Pierre Fabre*.

skonstruowanie legalnego uzasadnienia dla tego typu ograniczeń, np. z perspektywy ochrony znaku towarowego. Niestety, KE nie pochyliła się nad tym czy mniejsza skala ograniczeń w zakresie korzystania z reklamy w Internecie (w tym poprzez Google Adwords), niż te przeanalizowane w sprawie *Guess*, mogłyby prowadzić do uznania, iż mają one cel zasługujący na ochronę prawną. A przecież sama KE wskazuje w Wytycznych, że ograniczenie wykorzystywania Internetu przez dystrybutorów może być dopuszczalne w takim zakresie, w jakim promocja w Internecie lub wykorzystywanie Internetu prowadziłyby do sprzedaży aktywnej na przykład na terytoriach innych wyłącznych dystrybutorów lub na rzecz innych grup klientów. Przecież działania podejmowane po to, by umożliwić odnalezienie konkretnie na danym terytorium lub przez określoną grupę klientów stanowią aktywną sprzedaż na tym terytorium lub na rzecz tej grupy klientów. Jako przykład KE wskazuje, że wynagradzanie wyszukiwarki internetowej lub dostawcy reklam internetowych za wyświetlanie reklam specjalnie dla użytkowników na konkretnym terytorium stanowi aktywną sprzedaż na tym terytorium⁷⁸.

To kolejny element, który zdaniem Autorów powinien zostać uwzględniony w przeglądzie rozporządzenia UE, co warte zaznaczenia, w mniej rygorystyczny sposób, gdyż producentom powinno być pozostawione prawo nakładania ograniczeń adekwatnych do charakteru i ryzyka związanego z określonym kanałem dystrybucyjnym, w tym wyłącznie online. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że o dopuszczalności ograniczeń sprzedaży w Internecie powinny decydować zasadność i proporcjonalność tychże, w kontekście zagrożeń internetowych dla wysokiego poziomu obsługi i renomy towarów (Targański, 2018, s. 104).

Dla oceny sprawy *Guess* istotne jest także to, iż KE – odmiennie jak się wydaje niż Bundeskartellamt w sprawie *ASICS* – nie oceniała konglomeratu ograniczeń nałożonych przez *Guess* jako antykonkurencyjnego co do celu (a przynajmniej nie podkreśliła w sprawie *Guess* że łączne występowanie szeregu ograniczeń ma znaczenie dla finalnej oceny poszczególnych z nich), lecz przypisała tę cechę każdej z podważanych praktyk, w tym także praktyce ograniczania wykorzystywania marek i znaków towarowych *Guess* do celów reklamy przy użyciu wyszukiwarek internetowych. KE w swojej decyzji ocenia każdą z praktyk oddzielnie.

V. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel w systemie dystrybucji selektywnej – podsumowanie

1. Wprowadzenie

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisów rozp. 330/2010 za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, które mogą dotyczyć dystrybucji selektywnej, a tym samym ograniczenia konkurencji ze względu na cel należy uznać takie ograniczenia, które powodują:

- 1) ograniczenie terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca (dystrybutor) może sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem (art. 4 lit. b);
- 2) ograniczenie dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub biernej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych (art. 4 lit. c).

Jak wskazują Wytyczne, za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji uznaje się także wszelkie zobowiązania odwołujące wyznaczonych dystrybutorów od wykorzystywania Internetu

⁷⁸ Wytyczne, pkt 53.

w celu dotarcia do większej liczby klientów. Jednocześnie, powtarzając wniosek płynący z Raportu, całkowite zakazy dotyczące platform internetowych co do zasady nie powinny być uznane za *hardcore restrictions*, jako że nie wypełniają one powyższych przesłanek. Również, idąc w ślad za Raportem, w przypadku ograniczeń dotyczących porównywarek cenowych czy innych ograniczeń, również nie należy automatycznie przesądzać o antykonkurencyjnym celu takiego porozumienia.

Biorąc pod uwagę dotychczasowe generalnie niejedolite orzecznictwo, które analizowało koncepcję „celu” porozumienia, najważniejsze czynniki jakie należy wziąć pod uwagę to obiektywny zamiar stron, kontekst gospodarczy i prawny, rzeczywiste funkcjonowanie rynku. Zasadniczo podobnie podchodziły organy do tej kwestii w sprawach dotyczących dystrybucji selektywnej.

2. Przegląd wniosków

Zestawiając ze sobą dotychczasowe sprawy w *Pierre Fabre* już na wstępie TS przywołał konieczność zbadania: kontekstu ekonomicznego, gospodarczego jak również prawnego, samej klauzuli oraz celu, jakiemu służy. Dalej, z samego charakteru (brzmienia postanowienia) TSUE wyczytał zakaz, który *de facto* ogranicza sprzedaż przez Internet. Ponieważ sprawa *Stihl* była podobna do *Pierre Fabre*, tj. również i w tym przypadku wprowadzone zostało postanowienie, które *de facto* uniemożliwiało sprzedaż w Internecie, porozumienie zostało zakwalifikowane w ten sam sposób.

Podobnie w sprawie *CoTy*, TS zastanawiał się czy z okoliczności sprawy nałożone ograniczenie jest proporcjonalne do realizowanego celu. Jednak w tym przypadku TS doszedł do wniosku, że ponieważ nie doszło tam do całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet nie można było takiego porozumienia zakwalifikować jako celowe. Ograniczenie dotyczyło bowiem tylko jednej formy sprzedaży przez Internet, tj. sprzedaży za pomocą platform podmiotów trzecich, tj. Amazon czy eBay.

Następnie, analizując sprawę *ASICS* nie można zapomnieć, że nałożonych ograniczeń w sprawie *Asics* było o wiele więcej i wpłynęło to na uznanie, że ilość nałożonych ograniczeń *de facto* uniemożliwiała sprzedaż w Internecie, co w konsekwencji doprowadziło do uznania tych ograniczeń za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, a tym samym porozumienie celowe. Również i w tym przypadku w swojej ocenie Bundeskartellamt wskazywał na analizę kryterium wymienionego powyżej, tj. ocenę obiektywnego mierzalnego zamiaru, tj. antykonkurencyjnego celu. Cel ten jednak odnosił do konglomeratu ograniczeń i można się zastanawiać, czy jego ocena byłaby tak samo negatywna, gdyby skala ograniczeń była mniejsza.

Na samym końcu w sprawie *Guess*, cel porozumienia miał być o tyle oczywisty, iż wynikał on z dokumentacji przeanalizowanej przez KE na potrzeby postępowania, tj. z samych dokumentów wynikało, że *Guess* chce zwiększyć ruch na swojej stronie internetowej, a ochrona marki miała być tylko swoistą przykrywką dla rzeczywistego działania. W konsekwencji wprowadzone ograniczenia miały (każde z nich z osobna) *de facto* uniemożliwiać klientom odnalezienie ofert dystrybutorów w Internecie.

Można także zauważyć, że w ocenie organów na bardziej surowe podejście zasługują ci przedsiębiorcy, którzy wprowadzają wiele ograniczeń, że *de facto* uniemożliwiają oni sprzedaż w Internecie (np. w *ASICS* czy *Guess* – przy czym w tej pierwszej większy nacisk położono na kompleksowość ograniczeń, a w drugiej, choćby formalnie, każde z ograniczeń było ocenione

z osobna jako „celowe”) lub tacy przedsiębiorcy, którzy nawet jednym postanowieniem wywołują taki sam efekt (np. *Stihl* czy *Pierre Fabre*).

Konkludując dotychczasowe podejście, KE⁷⁹ wskazuje, że całkowite zakazy platformowe nie powinny być uznawane za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore restrictions*) w znaczeniu art. 4 lit. b) oraz art. 4 lit. c) rozporządzenia UE tak długo, jak nie prowadzą one do całkowitego odcięcia sprzedaży produktów w kanale *online* (zarówno z mocy prawa poprzez postanowienie umowne lub pośrednio, tj. *de facto*). Dopiero całkowite odcięcie sprzedaży produktów w kanale *online*, może skutkować – *nomen omen* – uznaniem danego porozumienia za antykonkurencyjne co do celu. W ocenie Autorów taka kwalifikacja jest właściwa – nakładane ograniczenia nie mogą bowiem automatycznie przesądzać o całkowitym zakazie sprzedaży przez Internet. W ocenie Autorów lista najpoważniejszych ograniczeń konkurencji powinna być interpretowana zawężająco, a wszelkie próby jej rozszerzania wywołują niepewność prawną.

Nie wydaje się natomiast, by sygnalizowana już w Raporcie, a następnie wykorzystana w sprawie *ASICS* konkluzja co do porównywarek cenowych, tj. że całkowity zakaz używania tych narzędzi powinien być traktowany rygorystycznie i tym samym także jako ograniczenie celowe, zasługiwało na podobną aprobatę. W ocenie Autorów tylko wtedy, gdyby zakaz taki prowadził do zakazu (absolutnego) sprzedaży w Internecie – a tym samym mógł być uznany za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w znaczeniu art. 4 pkt b) oraz art. 4 pkt c) rozp. 330/2010 – mógłby być kwalifikowany jako „celowy”. W innym przypadku konieczne powinno być zawsze przeanalizowanie skutków takiego porozumienia, biorąc pod uwagę fakt, że samo ograniczenie w wykorzystywaniu porównywarek cenowych nie uniemożliwia wykorzystywania innych sposobów dotarcia do klientów. W ocenie Autorów nie ma podstaw by ograniczenia związane z porównywarekami cenowymi traktowane były tak skrajnie odmiennie niż nawet absolutne zakazy platformowe w sprawie *Coty* (tj. by traktowano je jako „celowe” czy *hardcore restrictions*). Zdaniem Autorów ocena tej kwestii powinna zostać postawiona w ramach przeglądu rozp. 330/2010 i Wytycznych, tak by takie odmiennie z założenia traktowanie nie było akceptowane.

Podsumowując, jeśli porozumienie wprowadzone w ramach dystrybucji selektywnej nie jest „celowe” powinno być zawsze – także w kontekście ograniczeń dystrybucji *online* – na początku analizowane z perspektywy wytycznych wskazanych w sprawie *Metro*. Może bowiem się okazać, że wprowadzone ograniczenie zostanie zalegalizowane właśnie na podstawie wskazanych w tej sprawie przesłanek. Dopiero jeśli taka sytuacja nie miałaby miejsca należałoby sprawdzić czy porozumienie może skorzystać z wyłączenia blokowego (tj. z rozp. RM i rozp. 330/2010), a w następnej kolejności z wyłączenia indywidualnego.

3. Ograniczenie ze względu na cel w jednym kraju?

Jednocześnie można zastanawiać się, idąc w ślad za przytoczoną wcześniej wypowiedzią Bundeskartellamtu, czy odmiennie traktowanie określonych ograniczeń (np. uznanie w danym państwie, że ograniczenie należy zaliczyć do porozumień celowych, w sytuacji gdy KE czy TS uznałoby je za porozumienie skutkowe) może zależeć od warunków panujących na danym rynku, w danym kraju czy regionie. Zdaniem Autorów takie podejście nie zasługuje na aprobatę. O ile bowiem należy brać kontekst, w jakim zawierane jest porozumienie, o tyle sama kategoria

⁷⁹ Przedstawionym np. w sprawie C-230/16 *Coty* czy w Raporcie.

„celowego” porozumienia powinna pozostać kategorią skrajnie obiektywną, gdyż w przeciwnym razie rozróżnienie na porozumienia ze względu na skutek i cel, w istocie rzeczy, stanie się niepotrzebne. Innymi słowy, antykonkurencyjność danej praktyki powinna być na tyle oczywista, iż warunki obowiązujące w danym kraju nie będą mogły być przesądzające co do jej oceny.

Autorzy uważają natomiast, że organy ochrony konkurencji mogą (i wręcz powinny) brać pod uwagę warunki panujące w danym kraju, w kontekście tego czy dane ograniczenia w nim wprowadzane, mogą doprowadzić do powstania antykonkurencyjnych skutków. Wydaje się też, że nic nie stoi także na przeszkodzie, aby ze względu na lokalne uwarunkowania kryteria, które regulują system dystrybucji selektywnej danego przedsiębiorcy w takim kraju, były odmienne niż w innych krajach (choćby w każdym państwie UE). Przedsiębiorcy muszą się wtedy jednak liczyć z wyższym ryzykiem naruszenia przepisów i być przygotowani na wykazanie, iż dany rynek cechuje taka specyfika, która uzasadnia wprowadzenie określonych ograniczeń.

W ocenie Autorów inne podejście do kwestii ograniczeń „celowych” byłoby nieuprawnione i byłoby odejściem organów krajowych od podejścia KE prezentowanego m.in. w analizowanych tu decyzjach czy w Raporcie. Dlatego nie powinno być też aprobowane w związku z koniecznością zachowania integralności unijnych zasad prawa ochrony konkurencji, a do takich należałoby zaliczyć kwestię podziału na ograniczenia „celowe” i „skutkowe”.

Wachlarz możliwości, jakimi dysponują urzędy czy sądy krajowe, w związku z koniecznością zapewniania jednolitego podejścia do podstawowych zasad prawa ochrony konkurencji opisał trafnie i wyczerpująco K. Dobosz (2018), wymieniając choćby możliwość (czy też wręcz konieczność) zwracania się do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi, nawet jeśli dotyczą one prawa danego państwa. TSUE bowiem stoi na straży wykładni prawa ochrony konkurencji w całej UE.

Podejście niezgodnie z unijnym orzecznictwem i praktyką decyzyjną nie powinno być też aprobowane przez samą KE. Ma ona w tym względzie odpowiednie uprawnienia przyznane na podstawie rozp. 1/2003. Należy do nich zaliczyć choćby m.in. przedstawienie pisemnych uwag⁸⁰, interweniowanie w krajowych sprawach, gdzie zagrożona jest poprawna i jednolita interpretacja i zastosowanie rozp. 330/2010 oraz Wytycznych (co zresztą KE sama zapowiadała w najważniejszych założeniach Raportu⁸¹). W ocenie Autorów KE powinna wyraźnie (formalnie) wskazać, iż będzie korzystać z tych uprawnień, gdyby organy krajowe rozszerzały zakres stosowania zakazu wynikającego z art. 101 ust. 1 TFUE, w tym w kontekście zbyt szerokiego podejścia do przyjmowania istnienia porozumienia „celowego”, np. co do oceny ograniczeń stosowanych w dystrybucji produktów online. Założeniem działania UE jest bowiem jednolite i wspólne zarówno stosowanie prawa, jak i jego interpretacja. Tym samym żadne państwo (organ danego państwa) nie powinno odbiegać od tych zasad i zakłócać pewności ustalonego prawa. Autorzy zgadzają się w tym miejscu ze stanowiskiem K. Dobosza, który stwierdza, że takie zachowanie powinno zasługiwać na krytykę. Mając na względzie zasadę jednolitości, organ krajowy nie powinien dowolnie rozstrzygać sprawy, a powinien sprawdzić jak dana kwestia rozpatrywana była w dotychczasowym dorobku orzecznictwa czy to KE czy TSUE.

⁸⁰ Art. 15 ust. 3.

⁸¹ W pkt 75 KE wskazała, że zważywszy na wyniki badania sektora handlu elektronicznego KE zamierza po pierwsze, skupić się na egzekwowaniu reguł konkurencji UE w odniesieniu do najbardziej rozpowszechnionych praktyk biznesowych, jakie wykształciły się lub rozwinęły w wyniku rozwoju handlu elektronicznego oraz mogących mieć negatywny wpływ na konkurencję oraz handel transgraniczny, a tym samym na funkcjonowanie jednolitego rynku cyfrowego oraz po drugie, poszerzyć dialog z krajowymi organami ochrony konkurencji w ramach europejskiej sieci konkurencji dotyczący egzekwowania kwestii dotyczących handlu elektronicznego, aby przyczynić się do spójnego stosowania reguł konkurencji UE odnośnie do praktyk biznesowych związanych z handlem elektronicznym.

VI. Produkt a system dystrybucji selektywnej – potrzeba klarowanego rozstrzygnięcia

O ile kwestia produktu, względem którego można stosować system dystrybucji selektywnej jest kwestią generalną, tj. rzecz jasna nieodnoszącą się specyficznie tylko do kanału online, wydaje się, że właśnie w kontekście dystrybucji w tym kanale ma ona obecnie największe praktyczne znaczenie. Trzeba jednak stwierdzić, zdaniem Autorów, że analizowane decyzje i orzeczenia nie stawiały sobie tak naprawdę podstawowego pytania, tj. tego czy wszystkie produkty mogą korzystać z przywilejów związanych z dystrybucją selektywną. Mogło tak być zarówno dlatego, że odpowiedź na tak proste pytanie była oczywista (o czym niżej), jak i dlatego, że analizowane stany faktyczne skupiały się na poszczególnych kategoriach produktów, np. luksusowych, markowych etc. i wyrywkowo odnosiły się do danej kategorii produktów w kontekście różnych rodzajów ograniczeń w ich dystrybucji i nie musiały rozstrzygać kwestii tak ogólnej natury.

Zdaniem Autorów, konieczne jest jednak klarowne rozstrzygnięcie tej kwestii. W ich ocenie każdy produkt może być przedmiotem sprzedaży w ramach systemu dystrybucji selektywnej.

W szczególności należy zauważyć, że definicja systemu dystrybucji selektywnej wyraźnie mówi o stosowaniu systemu względem „towarów”, nie przesądzając jednak, jakie to mogą być towary, tzn. nie zawęża tej kategorii w żaden sposób. Również Wytyczne wskazują, że rozp. 330/2010 wyłącza dystrybucję selektywną (tj. uznanie jej za antykonkurencyjne porozumienie) niezależnie od charakteru danego produktu⁸². Wytyczne wskazują tylko, że jeżeli charakter danego produktu nie wymaga dystrybucji selektywnej i występują znaczne skutki antykonkurencyjne prawdopodobnie takie porozumienie (wprowadzony system) nie skorzysta z wyłączenia.

Tym samym na gruncie tak skonstruowanych przepisów, zdaniem Autorów, należy dopuścić stosowanie systemu dystrybucji selektywnej do każdego produktu (choćby lizaka – Wijckmans, Tuytschaever, 2014, pkt 9.18), a tym samym nie tylko do produktu luksusowego, markowego czy złożonego technicznie.

Nie zmienia to faktu, że charakter produktu (tj. nie każdego produktu) może jednak zdecydować o uznaniu systemu za uprawnionego do wprowadzenia czysto jakościowej dystrybucji selektywnej, gdyż w przypadku jakościowej dystrybucji selektywnej dystrybutorzy dobierani są na podstawie obiektywnych kryteriów związanych z charakterem produktu. To wreszcie charakter produktu może przesądzić o uznaniu danego porozumienia za zgodne z warunkami ze sprawy *Metro* i tym samym niepodleganiu zakazowi wynikającemu z art. 101 ust. 1 TFUE.

Jak długo system dystrybucji nie zawiera *hardcore restrictions*, ograniczenia w dystrybucji danego (jakiegokolwiek) produktu powinny mieć możliwość zwolnienia ich spod zakazu na podstawie reguł *de minimis* czy też blokowo na gruncie rozp. 330/2010 i rozp. RM. Charakter produktu może mieć natomiast kluczowe znaczenie dla analizy indywidualnej, o ile zwolnienie wskazane wyżej nie będzie możliwe (np. ze względu na przekroczenie progów udziałów rynkowych).

Wydaje się, że analizowane sprawy nie dotyczą tej kwestii, tj. nie mówią wprost o możliwości zastosowania systemu dystrybucji selektywnej względem wszystkich produktów. W sprawie *Coty* TS mierzył się z tematyką luksusowych produktów. Sprawy *Stihl* oraz *Guess* obejmowały zakresem swojej analizy produkty markowe. W tych sprawach organy nie kwestionowały wprowadzenia

⁸² Wytyczne, pkt 176.

systemu dystrybucji selektywnej względem tak określonych kategorii. Zasadniczo jedynie ze sprawy *ASICS* rygorystyczne podejście Bundeskartellamt wskazywało, że tylko luksusowe produkty mogą być takimi, co do których taki system może być stosowany. Takie podejście odbiega jednak od literalnego brzmienia definicji systemu dystrybucji selektywnej wskazanej powyżej i w ocenie Autorów nie aprobuje zasady zdefiniowanej w sprawie *Metro*, która – co należy jeszcze raz podkreślić – pokazała jedynie, które produkty i w jakich okolicznościach mogą być przedmiotem systemu dystrybucji selektywnej, która w ogóle nie podpada pod analizę na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE. Nie wykluczyła ona, zdaniem Autorów, uznania, że inne produkty („mniej wymagające”) mogą być dystrybuowane w ten sposób a ograniczenia nakładane na strony mogą być prawnie usprawiedliwione czy to na zasadzie *de minimis*, czy to rozporządzeń blokowych lub oceny indywidualnej.

O ile jednak żaden organ wprost nie wskazał też, że system dystrybucji selektywnej może być zastosowany względem każdego produktu, o tyle wniosek o szerokim podejściu do przedmiotu dystrybucji można pośrednio wyciągnąć z niektórych coraz bardziej „rozszerzających” wypowiedzi w analizowanych wcześniej sprawach. Na przykład w sprawie *Coty* TS wskazał, że „artykuły luksusowe – ze względu na swoje cechy szczególne i charakter – mogą wymagać wprowadzenia systemu dystrybucji selektywnej w celu zachowania ich jakości i zapewnienia odpowiedniego użytkowania”⁸³, jednak w żadnym miejscu nie stwierdził wprost, że możliwość stosowania systemu dystrybucji selektywnej jest ograniczona tylko do takich właśnie produktów. Co więcej, wniosek ten jeszcze bardziej wybrzmiewa, jeśli weźmiemy pod uwagę wyjaśnienia KE (DG Competition, 2018) wydane po sprawie *Coty*, w których KE wskazała, że „system dystrybucji selektywnej może być stosowany względem innych produktów niż produkty luksusowe, jak wskazywano w poprzednich rozstrzygnięciach TSUE⁸⁴, tj. do produktów wysokiej jakości oraz produktów zaawansowanych technologii”.

KE wskazała dodatkowo, że sprawa *Coty* tylko wyjaśniała, że „system dystrybucji selektywnej może być zgodny z art. 101 ust. 1 TFUE również względem produktów luksusowych w celu zachowania luksusowego wizerunku tych produktów, pod warunkiem spełnienia kryteriów wskazanych w sprawie *Metro*”. Zdaniem Autorów nie oznacza to jednak wprowadzenia generalnej zasady, zgodnie z którą system dystrybucji selektywnej mógłby być stosowany wyłącznie do produktów luksusowych.

Podsumowując, mając na względzie przede wszystkim literalne brzmienie definicji systemu dystrybucji selektywnej w rozp. 330/2010 oraz sens Wytucznych, system dystrybucji selektywnej może być zastosowany względem każdego produktu. Odmienne traktowanie zastosowania systemu dystrybucji selektywnej byłoby po prostu sprzeczne z rozp. 330/2010. Założyć trzeba, że gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie stosowania systemu dystrybucji selektywnej tylko do jednej (kilku) kategorii produktów, odzwierciedlone by to zostało w rozp. 330/2010, a już na pewno w samych Wytucznych, których założeniem jest pomoc przedsiębiorstwom w dokonaniu przez nich własnej oceny porozumień w oparciu o unijne reguły prawa ochrony konkurencji.

Niemniej Autorzy przyznają, że teza ta nie wynika w sposób oczywisty z przytaczanego orzecznictwa. Zdaniem Autorów powinna ona zostać postawiona w ramach przeglądu rozp. 330/2010 i Wytucznych poprzez wyraźne wskazanie tych zasad w nowym rozporządzeniu, choćby w preambule

⁸³ C-230/16 *Coty*, pkt 28.

⁸⁴ Wyr. TS z 23.04.2009 w sprawie C-59/08 *Copad SA v. Christian Dior couture SA i in.*, ECLI:EU:C:2009:260.

do tegoż lub co najmniej w nowych Wytycznych. Niezwykle istotnym jest, ze względu na pewność prawną przedsiębiorców działających na rynku *online*, by nie musieli za każdym razem rozstrzygać czy ich produkt jest wystarczająco luksusowy, zaawansowany technicznie czy markowy, by mógł korzystać z zasad (przywilejów) dystrybucji selektywnej.

Oczywiście dużo łatwiej jest dostawcom dóbr luksusowych, zaawansowanych technicznie czy markowym zbudować system obiektywnych warunków ze względu na ich charakter i tym samym mogą mieć oni więcej możliwości zalegalizowania ich systemu. Warto, by ten przegląd rozp. 330/2010 podkreślił ową jedną różnicę wobec innych (niemarkowych czy nieskomplikowanych) produktów w kontekście stosowania dystrybucji selektywnej i w konsekwencji ograniczeń tejsze w kanale *online*.

Zanim jednak KE dokona przeglądu rozp. 330/2010 i Wytycznych w ocenie Autorów przedsiębiorcy muszą mieć świadomość, że bezpieczniejsze od strony prawnej jest stosowanie systemu dystrybucji selektywnej i ograniczeń z nim związanych w stosunku do produktów luksusowych, a także wysokiej jakości czy zaawansowanych technologicznie. Trudno całkowicie wykluczyć ryzyko, że Prezes UOKiK, korzystając z dorobku orzeczniczego TSUE czy KE⁸⁵, mógłby być skłonny do stosowania takiego podejścia. Niemniej w przypadku ewentualnego zanegowania dopuszczalności stosowania tego systemu do innych produktów, przedsiębiorcy powinni liczyć na ostateczne podważenie takiego negatywnego stanowiska przed sądami, także przy wsparciu czy zaangażowaniu KE zapewniającej jednolite stosowanie unijnego prawa ochrony konkurencji (jak Autorzy wskazywali wyżej).

Bibliografia

- Autorité de la concurrence. (2018). Online retail of outdoor power equipment. Pozyskano z: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=684&id_article=3290&lang=en (29.05.2019).
- Bundeskartellamt. (2018). Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what’s next? Series of papers on Competition and Consumer Protection in the Digital Economy. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (29.05.2019).
- DG Competition. (2018). Competition policy brief. Pozyskano z: <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf> (29.05.2019).
- Dobosz, K. (2018). *Jednolitość stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez organy i sądy państw członkowskich*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Faull, J. i Nikpay, A. (2014). *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2012). Glosa do wyroku TS z dnia 13 października 2011 r., C-439/09. LEX/el. 2012.
- Kohutek, K. (2012). Glosa do wyroku TS z dnia 13 października 2011 r., C-439/09. LEX/el. 2012.
- Kohutek, K. (2008). Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji. W: Skoczny, T., Jurkowska, A. (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Kohutek, K. i Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. LEX/el.

⁸⁵ Na przykład w decyzji Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., nr RKR-48/2013 analizował sprawę w oparciu o rozstrzygnięcia TS w sprawie *Pierre Fabre*.

- Marek, M. (2016). Wyłączenia dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. *iKAR*, 7(5), 8–27. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.7.5.1>.
- Targański, B. (2018). Zakaz postępowania się znakami towarowymi w reklamie internetowej i zakaz współpracy z porównywarkami cenowymi jako ograniczenie konkurencji w kontekście orzeczenia Bundesgerichtshof z 12 grudnia 2017 roku, *iKAR*, 8(7), <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.8.7.7>.
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. (2013). *Porozumienia wertykalne*. Warszawa.
- Whish, R. i Bailey, D. (2012). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Wijckmans, F. i Tuytschaever, F. (2018). *Vertical Agreements in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.