

Aktualne podejście Komisji do ograniczeń wertykalnych w świetle rozporządzenia 2022/720 i towarzyszących mu wytycznych

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Przesłanki zastosowania rozporządzenia i jego struktura
- III. Najistotniejsze zmiany w podejściu Komisji do ograniczeń wertykalnych
 1. Systemy podwójnej dystrybucji (*dual distribution*)
 2. Redefiniowana dystrybucja wyłączna
 3. Dystrybucja w kanale on-line
 4. Podmioty świadczące usługi pośrednictwa internetowego
- IV. Pozostałe zagadnienia
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu w celu dystrybucji towarów lub usług stanowią jedne z najczęściej występujących w obrocie gospodarczym porozumień. Powszechność tego typu umów wyjaśnia, dlaczego ocena na gruncie przepisów prawa konkurencji niektórych klauzul zawartych w umowach wertykalnych ma szczególnie istotne znaczenie dla praktyki obrotu gospodarczego. Skala, na jaką zawierane są umowy dystrybucyjne, była jednym z powodów, dla których już w 1965 r. do unijnego prawa konkurencji wprowadzone zostało wyłączenie niektórych rodzajów umów dystrybucyjnych spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Podejście do oceny tego typu porozumień znacząco ewoluowało na przestrzeni lat i obecnie odzwierciedlone jest w rozporządzeniu Komisji Europejskiej 2022/720. Niniejszy artykuł przedstawia aktualne podejście Komisji Europejskiej do antymonopolowej oceny porozumień wertykalnych poprzez porównanie rozwiązań przyjętych w rozporządzeniu 2022/720 z poprzedzającym go rozporządzeniem 330/2010, które przestało obowiązywać 31 maja 2022 roku. Pomimo że artykuł koncentruje się na przepisach prawa unijnego, przedstawiona w nim ocena, w tym uwagi krytyczne odnośnie do aktualnego podejścia Komisji Europejskiej znajdują zastosowanie również do krajowych regulacji dotyczących antymonopolowej oceny porozumień wertykalnych. Nowe, krajowe przepisy prawa konkurencji dedykowane antymonopolowej ocenie porozumień dystrybucyjnych niemal w całości powielają rozwiązania unijne zarówno te, które z punktu widzenia dostawców i dystrybutorów należy ocenić pozytywnie, jak i te, które mogą budzić wątpliwości.

* Doktor nauk prawnych (INP PAN); radca prawny; partner w kancelarii Domański, Zakrzewski Palinka. ORCID: 0000-0002-3945-2392; e-mail: jaroslaw.lukawski@dzp.pl.

Słowa kluczowe: konkurencja; dystrybucja; sprzedaż on-line; e-commerce; porozumienia wertykalne; Komisja Europejska.

JEL: K21, L42

I. Wprowadzenie

Na początku maja 2022 r. Komisja Europejska przyjęła rozporządzenie (UE) 2022/720 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych¹ (dalej: rozporządzenie) oraz towarzyszące mu Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych² (dalej: wytyczne). Dokumenty te zastąpiły obowiązujące dotychczas rozporządzenie Komisji z dnia 20 kwietnia 2010 r. nr 330/10 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych³ (dalej: rozporządzenie 330/2010) oraz opublikowane również w 2010 r. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych⁴ (dalej: wytyczne 2010).

Postanowienia rozporządzenia oraz wytycznych są zwieńczeniem rozpoczętego już w październiku 2018 r. procesu legislacyjnego, w ramach którego Komisja dokonała przeglądu obowiązujących wówczas przepisów oraz przeprowadziła szeroko zakrojone konsultacje co do proponowanych rozwiązań prawnych w zakresie reguł prawa konkurencji stosowanych do porozumień wertykalnych⁵. Celem tak długotrwałego procesu legislacyjnego było przede wszystkim dostosowanie nowych przepisów do istniejącego otoczenia rynkowego odzwierciedlającego wzrost znaczenia sprzedaży na platformach on-line, a także zwiększenie pewności prawnej przedsiębiorców co do zgodności z prawem konkurencji zawieranych przez nich porozumień dystrybucyjnych⁶. Nie bez znaczenia pozostawała także potrzeba dostosowania nowych przepisów do orzecznictwa sądów unijnych wydanego na gruncie rozporządzenia 330/2010, a także ujednoczenia wykładni unijnych przepisów prawa konkurencji przez sądy oraz krajowe organy antymonopolowe (Mavroghenis i Kolotourou, 2022, s. 55).

Rozporządzenie (analogicznie do rozporządzenia 330/2010) przewiduje wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję przewidzianego w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) do porozumień lub uzgodnionych praktyk dotyczących warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług, których strony działają na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub dystrybucji. Praktyczne zastosowanie powyższego wyłączenia oznacza, że strony porozumienia, do którego ma zastosowanie rozporządzenie, nie muszą dokonywać indywidualnej oceny przyjętych warunków współpracy pod kątem zakazu przewidzianego w art. 101 ust. 1 TFUE. W takim przypadku porozumienie uznawane jest „automatycznie” za nieszkodzące konkurencji w stopniu uzasadniającym interwencję organu antymonopolowego (tzw. bezpieczna przystań). Mechanizm działającego w ten sposób

¹ Dz. Urz. UE z dnia 11.05.2022 nr L 134, s. 4.

² Dz. Urz. UE z dnia 30.06.2022 nr C 248, s. 1.

³ Dz. Urz. UE z dnia 23.04.2010 nr L 102, s. 1.

⁴ Dz. Urz. UE z dnia 19.05.2010 nr C 130, s. 1.

⁵ Zob. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en.

⁶ Zob. Dokument Roboczy Służb Komisji, Streszczenie oceny rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych stosowanych do porozumień wertykalnych, Bruksela 8 września 2020, s. 3. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en.

wyłaczenia spod art. 101 ust. 1 TFUE ma strategiczne znaczenie zarówno dla przedsiębiorców, którym zapewnia pewność prawną oraz oszczędność kosztów, jak i dla organów konkurencji, które zwolnione są z konieczności prowadzenia indywidualnej oceny antymonopolowej najczęściej stosowanych w obrocie handlowym umów.

Rozporządzenie weszło w życie w dniu 1 czerwca 2022 r. i będzie obowiązywać przez okres 12 lat. Postanowienia art. 10 rozporządzenia ustanawiają natomiast okres przejściowy dla porozumień wertykalnych, które w chwili wejścia w życie rozporządzenia kwalifikowały się do wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie rozporządzenia 330/2020, ale utraciły ten przywilej na gruncie nowych przepisów. Porozumienia te będą korzystać z wyłączenia spod zakazu przewidzianego w art. 101 ust. 1 TFUE do dnia 31 maja 2023 roku. Dalsze korzystanie z tego wyłączenia wymagać będzie dostosowania tych porozumień do nowych reguł najpóźniej we wskazanym powyżej terminie⁷.

Niniejszy artykuł podsumowuje najważniejsze zmiany w podejściu Komisji do oceny porozumień wertykalnych odzwierciedlone w rozporządzeniu oraz w wytycznych. Omówione w publikacji zagadnienia będą jednak mieć zastosowanie do krajowych przepisów dotyczących porozumień wertykalnych, które po dniu 31 maja 2023 r. zastąpiły rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁸. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 maja 2023 r. obowiązujące od dnia 1 czerwca 2023 r.⁹ powiela, co do zasady, postanowienia przyjęte na gruncie prawa unijnego. Zgłaszane na etapie procesu legislacyjnego uwagi zostały natomiast w znakomitej części odrzucone¹⁰.

II. Przesłanki zastosowania rozporządzenia i jego struktura

Zgodnie z art. 3 w zw. z art. 2 rozporządzenia, porozumienie wertykalne skorzysta z wyłączenia spod zakazu przewidzianego w art. 101 TFUE, jeżeli udział dostawcy nie przekracza 30% w rynku właściwym, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte porozumieniem, a udział nabywcy nie przekracza 30% w rynku właściwym, na którym nabywa on produkty lub usługi objęte porozumieniem¹¹. W tym zakresie rozporządzenie powiela rozwiązanie przyjęte w poprzedniej regulacji. Utrzymanie na poziomie 30% progu udziałów rynkowych uzależniającego zastosowanie rozporządzenia zostało też pozytywnie ocenione przez większą część uczestników konsultacji publicznych. Proces oceny rozporządzenia 330/2010 wskazał jednak, że zastosowanie udziału w rynku właściwym jako kryterium wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie jest rozwiązaniem wolnym od wad. Wśród podnoszonych mankamentów takiego rozwiązania powoływano się na brak pewności prawnej po stronie przedsiębiorców, co

⁷ Jakkolwiek okres dwunastu miesięcy na dostosowanie istniejących umów do nowego otoczenia prawnego wydaje się być wystarczająco długi, w praktyce może okazać się, że przedsiębiorcy mogą napotkać problemy, aby zdążyć ze zmianami do dnia 31 maja 2023 roku. Kluczowym, z punktu widzenia zastosowania wyłączenia, jest bowiem udział stron w rynku właściwym, którego zasady wyznaczania ulegną w najbliższym czasie zmianom w związku z prowadzonymi obecnie przez Komisję pracami nad nowym Zawiadomieniem w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji. Zob. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en.

⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (tj. Dz. U. 2014 poz. 1012).

⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 maja 2023 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2023 poz. 1033).

¹⁰ Zob. uwagi do projektu rozporządzenia zgłoszone przez Stowarzyszenie Prawa Konkurencji oraz zajęte wobec nich stanowisko projektodawcy dostępne na <https://legislacja.rol.gov.pl/projekt/12371054/katalog/12962330#12962330>.

¹¹ Zgodnie z art. 1 pkt 2 rozporządzenia przy szacowaniu udziału rynkowego, odpowiednio dostawcy oraz dystrybutora, należy także uwzględnić udziały rynkowe ich przedsiębiorstw powiązanych, które – w pewnym uproszczeniu – stanowią przedsiębiorcy kontrolowani (wspólnie lub wyłącznie) przez dostawcę albo dystrybutora oraz przedsiębiorcy ich kontrolujący (wspólnie lub wyłącznie).

do prawidłowości przyjętej definicji rynku właściwego, w szczególności w kontekście rozbieżnych definicji rynków właściwych przyjmowanych w praktyce orzeczniczej Komisji oraz krajowych organów konkurencji¹².

Drugim warunkiem skorzystania z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu jest brak w porozumieniu wertykalnym tzw. czarnych klauzul, czyli uzgodnień, które traktowane są jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore restrictions*), a ich zastosowanie pozbawia możliwości wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust 1 TFUE całe porozumienie wertykalne. Tak jak w przypadku rozporządzenia 330/2010, nowe przepisy przewidują w art. 4 zamkniętą listę czarnych klauzul. Sama struktura powyższego przepisu uległa natomiast znaczącej modyfikacji. Postanowienia art. 4 rozporządzenia przewidują odrębne listy czarnych klauzul dla trzech wyróżnionych w tym przepisie systemów dystrybucji, tj. wyłącznej, selektywnej oraz pozostałych systemów dystrybucyjnych (nie będących dystrybucją wyłączną ani selektywną), a także w odniesieniu do uzgodnień dotyczących działalności w kanale on-line. Wydaje się, że zabieg ten ma na celu zwiększenie przejrzystości art. 4 w stosunku do jego odpowiednika w rozporządzeniu 330/2010, którego interpretacja przysparzała wielu trudności (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, s. 148). Mankamentem art. 4 rozporządzenia jest natomiast całkowity brak odniesienia się w powyższym przepisie do popularnego systemu dystrybucyjnego, jakim jest franczyza. Nie oznacza to jednak, że możliwość skorzystania z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem przez umowy franczyzowe powinna być dokonywana według zasad przyjętych w art. 4 rozporządzenia dla pozostałych systemów dystrybucji, tj. systemów innych niż dystrybucja wyłączna i selektywna. Jak wynika z wytycznych, ocena klauzul zawartych w umowach franczyzowych powinna być zdaniem Komisji prowadzona według zasad przewidzianych dla tego systemu dystrybucji, do którego system franczyzowy jest najbardziej zbliżony (np. dystrybucja wyłączna albo dystrybucja selektywna). Pozostawiając na boku wątpliwości przedsiębiorców, jakie może nieść ze sobą to stanowisko, należałoby jednak oczekiwać, że przyjęta przez Komisję zasada zostanie wyrażona w rozporządzeniu, a nie w dokumencie, który nie jest wiążący dla organów oraz sądów krajowych. Nawet jeśli dotychczasowa praktyka organów krajowych była, co do zasady, zgodna z wykładnią przepisów dokonywaną przez Komisję, to rozbieżne w przeszłości stanowiska z jednej strony niemieckiego, z drugiej zaś – włoskiego, szwedzkiego i francuskiego organu konkurencji w sprawie oceny klauzuli najwyższego uprzywilejowania prowadzą do wniosku, że brak jasnych wskazówek ze strony Komisji, jak miało to miejsce w sprawie ww. klauzuli, może prowadzić do odmiennych ocen prawnych dokonywanych przez organy krajowe. Następne lata obowiązywania rozporządzenia dadzą zatem odpowiedź na pytanie, czy przyjęte przez Komisję podejście do oceny umów franczyzowych nie spowoduje rozbieżności w orzecznictwie organów krajowych dotyczącym systemów franczyzowych.

Wzorem poprzedniej regulacji, art. 5 rozporządzenia zawiera listę ograniczeń wertykalnych, które nie korzystają z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem. W przeciwieństwie do art. 4 klauzule przewidziane w art. 5 rozporządzenia nie są kwalifikowane przez Komisję jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Skutkiem ich zastosowania w porozumieniu wertykalnym jest brak automatycznego wyłączenia takiego uzgodnienia z art. 101 ust. 1 TFUE, a nie całego

¹² Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, Bruksela 8.09.2020, s. 160. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en.

porozumienia wertykalnego¹³. Nie oznacza to jednocześnie, że postanowienia wskazane w art. 5 rozporządzenia będą niejako automatycznie uznane za naruszające zakaz z art. 101 TFUE. Ocena w tym zakresie uzależniona jest od indywidualnego przypadku i skutków danego postanowienia.

Analizując przesłanki zastosowania rozporządzenia, nie sposób pominąć uprawnienia do jego wycofania. Zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia w zw. z art. 29 ust. 1 rozporządzenia 1/2003¹⁴ Komisja, działając z urzędu lub na wniosek, może wycofać przywilej wynikający z rozporządzenia, jeśli uzna w danym przypadku, że porozumienie wertykalne wywołuje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 TFUE. Podobne, aczkolwiek nie tożsame, uprawnienie przysługuje na podstawie art. 6 ust. 2 rozporządzenia krajowym organom konkurencji. W tym przypadku możliwość wycofania dobrodziejstwa rozporządzenia jest jednak ograniczona do sytuacji, w których porozumienie zostało zawarte na rynku właściwym ograniczonym do obszaru danego państwa lub jego części i wywołuje antykonkurencyjne skutki na takim rynku. W każdym przypadku wycofania dobrodziejstwa rozporządzenia organ antymonopolowy będzie musiał wykazać, że dane porozumienie nie spełnia przynajmniej jednego z warunków przewidzianych w art. 101 ust. 3 TFUE.

III. Najistotniejsze zmiany w podejściu Komisji do ograniczeń wertykalnych

1. Systemy podwójnej dystrybucji (*dual distribution*)

Jedną z kluczowych zmian wprowadzonych rozporządzeniem dotyczy podejścia Komisji do oceny systemów tzw. podwójnej dystrybucji¹⁵. O ile w momencie wejścia w życie rozporządzenia 330/2010 zakres zastosowania tego modelu był ograniczony (Brenning-Louko, Gurin, Peeperkorn i Viertiö, 2010, s. 14–19), o tyle aktualnie, w związku z dynamicznym rozwojem sprzedaży w kanale on-line, jest to jeden z najpopularniejszych sposobów dystrybucji towarów i usług. Na istotne znaczenie tego modelu dystrybucji dla przedsiębiorców wskazuje chociażby fakt, że niemal 2/3 wszystkich uczestników konsultacji prowadzonych przez Komisję stosowało lub było uczestnikiem systemów podwójnej dystrybucji¹⁶.

Objęcie systemów podwójnej dystrybucji zakresem rozporządzenia stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień zawieranych przez dostawców i nabywców, pomiędzy którymi istnieją relacje konkurencyjne. Już w tego względu wyłączenie to nie ma charakteru bezwzględny. Aby strony mogły z niego skorzystać, porozumienie musi mieć charakter jednostronny¹⁷, a ponadto relacja konkurencyjna pomiędzy dostawcą

¹³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 maja 2023 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję powiela niestety niespójność krajowych regulacji względem przepisów unijnych. O ile na gruncie rozporządzenia 2022/720 klauzule wskazane w art. 5 tego aktu nie są traktowane z natury rzeczy jako naruszające art. 101 TUE, o tyle odpowiednik tego przepisu w rozporządzeniu krajowym (§ 10 projektu rozporządzenia) stanowi, że występowanie tych samych klauzul w porozumieniu wertykalnym „stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy”. Zasadne postulaty Stowarzyszenia Prawa Konkurencji wskazujące na potrzebę dostosowania regulacji krajowych do przepisów unijnych nie zostały uwzględnione w ramach prac legislacyjnych nad projektem nowego rozporządzenia. Zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12371054/katalog/12962330#12962330>.

¹⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 4.01.2003, L 1, s. 1).

¹⁵ System podwójnej dystrybucji to porozumienie wertykalne, w ramach którego dostawca produktów lub usług prowadzi ich sprzedaż we własnym zakresie oraz poprzez niezależnych dystrybutorów.

¹⁶ Summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the impact assessment for the review of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, s. 3. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en.

¹⁷ W ramach porozumienia dostawca sprzedaje dystrybutorowi produkty natomiast nie nabywa od niego żadnych produktów.

i nabywcą (dystrybutorem) może zachodzić wyłącznie na niższym szczeblu obrotu, którego dotyczy porozumienie¹⁸.

Poprzednio obowiązujące przepisy dopuszczały możliwość zastosowania rozporządzenia do systemów podwójnej dystrybucji w bardzo wąskim zakresie. Było to możliwe w zasadzie jedynie w przypadkach, gdy dostawca działał jako producent oraz dystrybutor produktów, a nabywca tych produktów działał jedynie na szczeblu ich dystrybucji¹⁹. Tak wąsko ustanowiony zakres wyłączenia dla systemów podwójnej dystrybucji został zauważony w literaturze (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, s. 125). Postulaty jego rozszerzenia były także zgłaszane przez znaczną część podmiotów uczestniczących w toku prac nad rozporządzeniem²⁰. Aktualnie obowiązujące przepisy umożliwiają skorzystanie z dobrodziejstwa rozporządzenia w przypadku, gdy dostawca działa na wyższym szczeblu obrotu jako producent, importer lub hurtownik oraz na niższym szczeblu obrotu jako importer, hurtownik lub sprzedawca detaliczny, a dystrybutor działa na niższym szczeblu obrotu jako importer, hurtownik lub sprzedawca detaliczny i nie jest konkurentem dostawcy na wyższym szczeblu obrotu, na którym nabywa produkty objęte umową.

Kolejną nowością przewidzianą rozporządzeniem dla systemów podwójnej dystrybucji jest szczególne ograniczenie jego zastosowania do wymiany niektórych informacji pomiędzy dostawcą i dystrybutorem. Rozwiązanie to nie miało swojego odpowiednika w rozporządzeniu 330/2010, które, mimo że przewidywało węższe podmiotowo wyłączenie dla systemów podwójnej dystrybucji, obejmowało swoim zakresem każdą wymianę informacji pomiędzy jego stronami.

Zgodnie z art. 2 ust. 5 rozporządzenia wymiana informacji w ramach systemu podwójnej dystrybucji nie będzie wyłączona spod art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli nie jest bezpośrednio związana z wdrażaniem porozumienia wertykalnego albo nie jest niezbędna do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem, lub nie spełnia żadnego z tych dwóch warunków²¹. Analiza powyższego przepisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że przesłanki, od których w systemie podwójnej dystrybucji uzależnione jest wyłączenie wymiany informacji pomiędzy dostawcą i nabywcą, zostały oparte na ocennych i nieostrych kryteriach. Wsparciem przy ich interpretacji mają być wytyczne, w których Komisja zawarła otwarte katalogi rodzajów informacji, których wymianę organ uznaje za objętą rozporządzeniem oraz tych, które wykraczają poza jego zakres²². Wydaje się jednak, że zastosowane przez Komisję rozwiązanie nie wyeliminuje wszystkich wątpliwości, jakie mogą pojawić się przy ocenie dopuszczalności wymiany informacji w systemach podwójnej dystrybucji.

Przede wszystkim, katalog informacji, których wymiana uznawana jest za objętą rozporządzeniem, poprzedza zastrzeżenie, zgodnie z którym informacje te „mogą, w zależności od szczególnych okoliczności być bezpośrednio związane z wdrażaniem porozumienia wertykalnego i niezbędne

¹⁸ Warunkiem skorzystania z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem jest także spełnienie przesłanki udziałów rynkowych, które nie mogą przekraczać 30% oraz brak czarnych klauzul w zawartym porozumieniu.

¹⁹ Zob. art. 2 ust. 4 rozporządzenia 330/2010.

²⁰ Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, Bruksela 8.09.2020, s. 158. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en.

²¹ Zastosowane w rozporządzeniu przesłanki, których spełnienie warunkuje objęcie wymiany informacji zakresem wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE zostały wprowadzone przez Komisję dopiero w lutym 2022 r., czyli na ostatnim etapie prac legislacyjnych. Opublikowany wcześniej, 9 lipca 2021 r. projekt rozporządzenia uzależniał wyłączenie wymiany informacji w systemie podwójnej dystrybucji od udziałów rynkowych stron, które łącznie nie mogły przekraczać 10%. Proponowane wówczas rozwiązanie spotkało się z krytyką ze strony uczestników konsultacji. Przygotowana na zlecenie Komisji analiza ekonomiczna również potwierdziła, że udziały rynkowe stron nie są prawidłowym narzędziem dla oceny czy wymiana informacji ma charakter prokonkurencyjny czy ograniczający konkurencję (Pautke i Schultze, 2018, s. 3).

²² Zob. wytyczne, pkt 99–100.

do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem”. Oznacza to, że nawet jeśli dany rodzaj informacji znalazł się na liście, strony systemu podwójnej dystrybucji nie mogą mieć pewności, że prowadzona przez nie wymiana będzie korzystać z dobrodziejstwa rozporządzenia. Dodatkowo, Komisja nie określiła w wytycznych jakie „szczególne okoliczności” będą wpływać na kwalifikację prawną wymiany danego rodzaju informacji. Analogiczne wątpliwości dotyczą listy informacji, których wymiana zdaniem Komisji nie jest objęta rozporządzeniem. W ocenie organu informacje te, „na ogół prawdopodobnie” (*generally unlikely*) nie spełnią warunków dla ich automatycznego wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE. Sama Komisja wskazuje jednak, że fakt umieszczenia danego rodzaju informacji na liście „nie oznacza, że wymiana takich informacji nigdy nie będzie spełniać tych dwóch warunków”²³. Z praktycznego punktu widzenia, test zawarty w rozporządzeniu oraz wskazówki zawarte w Wyjaśnieniach – jakkolwiek cenne – nie dają przedsiębiorcom pewności prawnej, która powinna stanowić jeden z głównych celów regulacji ustanawiających wyłączenie spod zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

2. Redefiniowana dystrybucja wyłączna

Wyniki przeprowadzonych przez Komisję konsultacji wskazały, że w okresie obowiązywania rozporządzenia 330/2010 model dystrybucji wyłącznej istotnie stracił na znaczeniu²⁴. Powodów takiego stanu należy między innymi upatrywać w złożonej, a zarazem nieuwzględniającej realiów rynkowych konstrukcji art. 4 lit. b) rozporządzenia 330/2010 odnoszącego się do dystrybucji wyłącznej (Wijckmans i Jaques, 2021, s. 58); komplikacji pojawiających się w przypadku ustanowienia dystrybucji wyłącznej i selektywnej na różnych obszarach (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, s. 175) oraz w praktycznym braku możliwości ochrony dystrybutorów wyłącznych przed jakąkolwiek formą reklamy lub sprzedaży w kanale on-line²⁵. Zmiany wprowadzone w rozporządzeniu mają na celu wyeliminowanie niedoskonałości poprzednich regulacji.

Jednym z głównych postulatów podnoszonych przez przedsiębiorców oraz praktyków prawa konkurencji było usunięcie z przepisów wymogu ustanowienia na wyłącznym terytorium tylko jednego dystrybutora (dystrybutora wyłącznego)²⁶. Rozporządzenie adresuje te oczekiwania, wprowadzając rozwiązanie tzw. podzielonej wyłączności (*shared exclusivity*), która korzysta z wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE. Zgodnie z art. 4 lit. b) pkt (i) dostawca może ustanowić na danym terytorium (dla danej grupy odbiorców) do pięciu dystrybutorów wyłącznych, zapewniając im jednocześnie ochronę przed aktywną sprzedażą prowadzoną przez dystrybutorów ustanowionych na innych terytoriach, w tym dystrybutorów selektywnych. Jakkolwiek nie jest jasne uzasadnienie dla przyjętej przez Komisję maksymalnej liczby dystrybutorów, to dopuszczanie w rozporządzeniu możliwości oparcia modelu dystrybucyjnego na podzielonej wyłączności należy ocenić pozytywnie.

Rozporządzenie wyeliminowało także możliwość łatwego obchodzenia terytorialnej ochrony udzielonej dystrybutorom wyłącznym. Na gruncie rozporządzenia 330/2010 ograniczenie aktywnej sprzedaży na obszarze przypisanym na wyłączność jednemu dystrybutorowi korzystało z wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli dotyczyło tylko innych (bezpośrednich) dystrybutorów dostawcy.

²³ Zob. *ibidem*.

²⁴ Commission Staff Working Document on the Evaluation of the VBER, s. 38 oraz s. 90.

²⁵ Jakkolwiek formy ograniczenia reklamy lub sprzedaży w kanale on-line były na gruncie rozporządzenia 330/2010 utożsamiane z ograniczeniem sprzedaży pasywnej, czyli stosowaniem poważnego ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE (zob. Wijckmans i Jaques, 2021, s. 12).

²⁶ Commission Staff Working Document on the Evaluation of the VBER, s. 141, 190.

Nałożony na nich zakaz aktywnej sprzedaży nie mógł jednak ograniczać swobody ich kontrahentów, co znacząco osłabiało ochronę udzieloną dystrybutorowi wyłącznemu. Rozporządzenie wyeliminowało powyższą lukę. Zgodnie z art. 4 lit. b) pkt (i) zobowiązanie do nieprowadzenia aktywnej sprzedaży na terytorium (wobec grupy klientów) zastrzeżonych na wyłączność nie stanowi istotnego ograniczenia konkurencji, nawet jeśli rozciąga się na kontrahentów dystrybutorów.

Rozporządzenie dopuszcza także nałożenie zakazu prowadzenia aktywnej sprzedaży na obszarach (wobec klientów) zastrzeżonych na wyłączność wobec członków systemu dystrybucji selektywnej działających na innych obszarach. Zasada ta działa także w odwrotną stronę. Zobowiązanie członków systemu dystrybucji wyłącznej do nieprowadzenia aktywnej sprzedaży wobec nieautoryzowanych dystrybutorów działających na obszarze funkcjonowania systemu selektywnej dystrybucji będzie zatem również korzystać z wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. W odniesieniu do dystrybucji selektywnej warto także zauważyć, że Komisja zdecydowała się na jeszcze dalej idący krok i objęła wyłączeniem przewidzianym rozporządzeniem zobowiązanie klientów dystrybutorów selektywnych do nieprowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży do nieautoryzowanych dystrybutorów na obszarze, na którym dostawca zdecydował się prowadzić system selektywnej dystrybucji (na gruncie rozporządzenia 330/2010 nałożenie tak daleko idącego ograniczenia było dopuszczalne jedynie wobec członków sieci dystrybucji selektywnej). Rozwiązania te pozwolą na efektywniejsze łączenie różnych systemów dystrybucji produktów lub usług na obszarze Unii bez narażania się na naruszenie zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE (Wijckmans i Jaques, 2021, s. 12).

Kolejną zmianą, mającą wpływ nie tylko na system dystrybucji wyłącznej, jest wprowadzenie do rozporządzenia definicji pojęcia „aktywnej i pasywnej sprzedaży”. Zmianę tę wymusił brak dostosowania dotychczasowego rozumienia powyższych pojęć do aktualnych realiów rynkowych, ale także potrzeba zapewnienia spójnego podejścia na obszarze UE do ich wykładni. Wprowadzone do wytycznych 2010 pojęcie „aktywnej sprzedaży”²⁷ kładło nacisk na ukierunkowane aktywności marketingowo-sprzedażowe mające na celu dotarcie do określonej grupy klientów lub terytorium. Ogólna (nietargetowana) aktywność sprzedażowa dystrybutora, nawet jeśli udało mu się dotrzeć do określonej grupy klientów lub terytorium, uznawana była za niemogącą podlegać ograniczeniu sprzedaż pasywną. O ile jednak w kanale sprzedaży tradycyjnej sprzedaż pasywna wymaga rzeczywistej aktywności ze strony klienta – dotarcia do dostawcy, o tyle w przypadku kanału on-line klient może dotrzeć do dystrybutora, nie podejmując w zasadzie żadnego wysiłku. Powyższa reguła ma zastosowanie także w odniesieniu do dystrybutorów, których aktywność w kanale on-line nie wymaga podejmowania istotnych wysiłków czy działań ukierunkowanych na pozyskiwanie, czy zainteresowanie klientów ofertą. Z tych względów sprzedaż w kanale on-line postrzegana była przez Komisję z zasady jako forma sprzedaży pasywnej, której ograniczanie traktowane było jako istotne ograniczenie konkurencji (Jones, 2021, s. 13)²⁸. Wraz ze wzrostem znaczenia sprzedaży w kanale on-line i korzystaniem z internetu w celach marketingowych znacząco osłabiało to zakres dopuszczalnej ochrony terytorialnej przyznanej dystrybutorom wyłącznym.

²⁷ Wytyczne 2010, pkt 51.

²⁸ Zob. też wytyczne 2010, pkt 52. Por. także wyr. TS z 13.10.2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* (ECLI:EU:C:2011:649), w którym TS uznał ograniczenie sprzedaży przez internet jako ograniczenie co do celu (pkt 47 orzeczenia), niejako potwierdzając podejście Komisji przyjęte w wytycznych 2010.

Na gruncie nowych przepisów Komisja odeszła od dotychczasowego podejścia. Pojęcie „aktywnej i pasywnej sprzedaży”, kluczowe dla systemu dystrybucji wyłącznej (jak i dla innych systemów dystrybucyjnych) zostały inkorporowane do rozporządzenia, co w założeniu powinno ograniczyć ich rozbieżną interpretację. Przepisy rozporządzenia stanowią jednocześnie, że niektóre formy aktywności w kanale on-line powinny być kwalifikowane jako sprzedaż aktywna, czyli działania, przed którymi dostawca może chronić swoich wyłącznych dystrybutorów. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. l) sprzedaż aktywna oznacza nie tylko działania polegające na aktywnym zabieganiu o klientów za pośrednictwem wizyt, listów, rozmów czy innych środków komunikacji, lecz także kierowanie reklam i promocji w internecie w celu pozyskania określonych grup klientów lub klientów na określonych terytoriach. Prowadzenie strony internetowej z domeną najwyższego poziomu odpowiadającą określonym terytoriom lub udostępnianie strony internetowej w języku powszechnie używanym na określonym obszarze będzie uznane za sprzedaż aktywną, jeśli jest to język inny niż ten używany na terytorium, na którym fizycznie działa dystrybutor. Przepisy rozporządzenia stanowią krok we właściwym kierunku oraz próbę dostosowania przepisów do zmienionego otoczenia rynkowego. Odpowiadają one także standardom prawidłowej legislacji w tym znaczeniu, że znaczenie kluczowych dla oceny porozumień wertykalnych pojęć określone zostało w rozporządzeniu, a nie w dokumencie mającym wyłącznie charakter niewiążących wytycznych.

3. Dystrybucja w kanale on-line

Rozporządzenie 330/2010 nie zawierało żadnych przepisów dedykowanych dystrybucji w kanale on-line. Znaczący wzrost popularności tego kanału dla dystrybucji towarów i usług, jak również orzecznictwo dotyczące ograniczeń sprzedaży w internecie w systemach selektywnej dystrybucji²⁹, implikowały konieczność zmiany tej sytuacji.

Zgodnie z art. 4 lit. e) rozporządzenia uniemożliwienie skutecznego wykorzystania internetu przez nabywcę lub jego klientów do sprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem uznawane jest za istotne ograniczenie konkurencji i pozbawia relację wertykalną przywileju wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Od powyższego zakazu rozporządzenie przewiduje dwa wyjątki w postaci dopuszczalności nałożenia na dystrybutora innych ograniczeń dotyczących sprzedaży przez internet oraz ograniczeń dotyczących reklamy internetowej, które nie mają na celu uniemożliwienia korzystania z całego kanału reklamy internetowej (art. 4 lit. e) pkt (i)–(ii) rozporządzenia). Wynikająca z art. 4 lit. e) rozporządzenia ogólna reguła negatywnego podejścia do całkowitego zakazu sprzedaży w internecie wydaje się być oczywista. W praktyce problematyczne może okazać się jednak wyznaczanie przez organy konkurencji punktu, którego przekroczenie oznaczać będzie „uniemożliwienie skutecznego wykorzystania internetu”. Postanowienia art. 4 lit. e) rozporządzenia nie dotyczą bowiem jedynie przypadku nałożenia na dystrybutora całkowitego zakazu korzystania z tego kanału dystrybucji, ale obejmują one również wszystkie inne działania dostawcy (w tym faktyczne), których wynikiem jest „uniemożliwienie skutecznego wykorzystania internetu”. W konsekwencji postanowienia art. 4 lit. e) mogą być źródłem rozbieżności w praktyce decyzyjnej powstałej na gruncie rozporządzenia.

²⁹ Wyr. TS z 13.10.2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* (ECLI:EU:C:2011:649); wyr. TS z 6.12.2017 r., C-230/16 *Coty Germany GmbH przeciwko Parfümerie Akzente GmbH* (ECLI:EU:C:2017:941); decyzja Bundeskartellamt z 26.08.2015 w sprawie B2-98/11 (Asic).

Kluczową kwestią w ramach pierwszego ze wskazanych powyżej wyjątków od reguły wynikającej z art. 4 lit. e) rozporządzenia jest odejście przez Komisję od zawartej w wytycznych 2010 zasady równoważności³⁰. W myśl tej zasady, wymogi lub kryteria stosowane wobec dystrybutorów działających on-line oraz w kanale tradycyjnym powinny być takie same. Rezygnacja ze stosowania tej zasady zdawała się być konieczna, gdyż jej utrzymanie na gruncie nowych przepisów byłoby sprzeczne z orzecznictwem Trybunału wydanym na gruncie rozporządzenia 330/2010 (Jones, 2021, s. 18). Z perspektywy dostawców oznacza to możliwość stosowania odmiennych kryteriów sprzedaży wobec dystrybutorów prowadzących sklepy tradycyjne oraz on-line w takich kwestiach, jak chociażby wymogi dotyczące wyglądu sklepu, sposobu prezentacji produktów czy obowiązku prowadzenia infolinii. Pomimo że dotyczyć to będzie najczęściej dystrybutorów działających w systemach selektywnej dystrybucji, stosowanie zróżnicowanych kryteriów będzie objęte wyłączeniem przewidzianym w rozporządzeniu także w odniesieniu do pozostałych systemów dystrybucyjnych.

Nowe podejście Komisji do sprzedaży on-line nie mogło abstrahować od orzecznictwa Trybunału odnoszącego się do dozwolonych i zakazanych ograniczeń sprzedaży w internecie nakładanych na dystrybutorów. O ile w orzeczeniu w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał potwierdził niedopuszczalność całkowitego ograniczenia dystrybutorom możliwości działania w kanale on-line³¹, o tyle w wyroku w sprawie *Coty* uznał, że dostawcy towarów luksusowych mogą zakazać członkom sieci dystrybucji selektywnej sprzedaży towarów za pośrednictwem platform internetowych³². Komisja nie tylko odzwierciedliła to stanowisko w wytycznych³³, lecz także poszła o krok dalej, dopuszczając ograniczenie (nawet całkowite) sprzedaży na platformach on-line zarówno w kontekście systemów dystrybucji selektywnej, jak i w przypadku każdego innego modelu dystrybucji, uznając, że ograniczenie takie nie implikuje całkowitego zakazu sprzedaży w kanale on-line. Komisja zajęła natomiast nieco inne stanowisko w kwestii dopuszczalności ograniczania dystrybutorom możliwości prowadzenia reklamy w kanale on-line, czyli drugiego wyjątku od reguły zawartej w art. 4 lit. e) rozporządzenia. Jak wynika z wytycznych, całkowity zakaz korzystania z kanałów reklamowych, takich jak wyszukiwarki lub porównywarki cenowe, będzie postrzegany jako istotne ograniczenie konkurencji i nie będzie podlegał wyłączeniu ustanowionym rozporządzeniem³⁴. Jakkolwiek wydawać by się mogło, że nałożenie na dystrybutora zakazu reklamy tylko w odniesieniu do niektórych wyszukiwarek lub wybranych porównywarek cenowych pozwoli na skorzystanie z wyłączenia, kwestia ta nie wydaje się być tak oczywista. Komisja przyjmuje bowiem, że zakaz korzystania z najpopularniejszych w danym kanale usług reklamowych może stanowić najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, jeśli reklama na pozostałych wyszukiwarkach albo porównywarek cenowych nie jest *de facto* wystarczająca do przyciągnięcia klientów do sklepu internetowego dystrybutora³⁵.

Dalej idące podejście Komisji do ograniczeń związanych z możliwością reklamy w internecie jest wynikiem własnych ustaleń tego organu w sprawie *Guess*, w której Komisja doszła do wniosku,

³⁰ Wytyczne 2010, pkt 52.

³¹ Wyr. TS z 13.10.2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* (ECLI:EU:C:2011:649).

³² Wyr. TS z 6.12.2017 r., C-230/16 *Coty Germany GmbH przeciwko Parfümerie Akzente GmbH* (ECLI:EU:C:2017:941).

³³ Wytyczne, pkt 208.

³⁴ W taki sam sposób traktowane jest ograniczenie dystrybutora polegające na zakazie wykorzystywania znaków towarowych lub nazw marek dostawcy przy przedstawianiu oferty w kanale on-line. Zob. wytyczne, pkt 206 lit. g).

³⁵ Ibidem.

że nałożenie tego typu ograniczeń na dystrybutorów pozbawiało ich możliwości skutecznego generowania ruchu na własnych stronach internetowych za pomocą reklamy w wyszukiwarkach³⁶. Nie podważając ustaleń Komisji w powyższej sprawie, wydaje się, że zastosowanie w wytycznych bardzo ocennego testu faktycznego braku możliwości przyciągnięcia klientów nie jest właściwym narzędziem dla przedsiębiorców dla dokonywania oceny dopuszczalności działań związanych z ograniczeniami w kanale on-line.

Ostatnia, aczkolwiek najprawdopodobniej najbardziej kluczowa, zmiana w podejściu Komisji do zasad dystrybucji w kanale on-line dotyczy dopuszczalności stosowania systemów dwóch cen (*dual pricing*). Przeprowadzone przez Komisję w 2015 r. badanie sektora e-commerce wskazało, że producenci rzadko decydują się na stosowanie modelu różnych cen sprzedaży w zależności od kanału, w którym dystrybutor będzie sprzedawał produkt (on-line albo tradycyjny)³⁷. Przyczyną takiego stanu było stanowisko Komisji przedstawione w wytycznych 2010, zgodnie z którym system podwójnych cen uznawany był za pośredni sposób ograniczenia sprzedaży w internecie³⁸. Badanie sektora e-commerce ujawniło natomiast potrzebę zmiany podejścia Komisji do systemu podwójnych cen. Uzasadniano to m.in. różnymi kosztami prowadzenia działalności w sektorze on-line i tradycyjnym (Jones, 2021, s. 9), a zarazem koniecznością ochrony sprzedaży w kanale tradycyjnym. Odpowiadając na powyższe oczekiwania, Komisja uznała w wytycznych, że stosowanie systemu podwójnych cen w zależności od kanału, w którym nabywca będzie dystrybuował produkt, nie stanowi działania uniemożliwiającego skuteczne wykorzystanie internetu w rozumieniu art. 4 lit. e) rozporządzenia³⁹, a tym samym nie stanowi poważnego ograniczenia konkurencji. Możliwość stosowania takiej polityki cenowej nie jest jednak bezwzględna. Komisja zastrzega w wytycznych, że stosowanie systemu podwójnych cen będzie uznane za czarną klauzulę w przypadku, gdy różnica w cenie hurtowej będzie czynić sprzedaż w internecie nieopłacalną lub gdy system ten będzie stosowany w celu ograniczenia liczby produktów przeznaczonych do sprzedaży on-line.

4. Podmioty świadczące usługi pośrednictwa internetowego

Doświadczenia Komisji oraz organów krajowych w sprawach związanych z działalnością platform internetowych były jednym z powodów wprowadzenia do rozporządzenia przepisów, których adresatami są jedynie podmioty świadczące usługi pośrednictwa internetowego⁴⁰. Fundamentalną zmianą, jaką wprowadza rozporządzenie w tym zakresie, jest zaklasyfikowanie podmiotów świadczących tego rodzaju usługi (np. platformy internetowe, sklepy z aplikacjami, media społecznościowe) jako „dostawców”, a przedsiębiorców, którzy oferują lub sprzedają towary lub usługi przy wykorzystaniu usług pośrednictwa internetowego jako „nabywców”⁴¹. Konsekwencją ww. podejścia jest przede wszystkim niemożność stosowania w umowach wertykalnych zawieranych przez

³⁶ Dec. Komisji z dnia 17.12.2018 w sprawie nr AT.40428 *Guess*, pkt 120.

³⁷ Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego, Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego, Bruksela 2017, pkt 59.

³⁸ Wytyczne 2010, pkt 52 lit. d).

³⁹ Wytyczne, pkt 206.

⁴⁰ Zob. m.in. dec. dot. platformy Booking.com wydane przez francuski organ ochrony konkurencji (dec. nr 15-D-06 z dnia 21 kwietnia 2015 r. szwedzki organ ochrony konkurencji (dec. nr 596/2013 z 15.04.2013 r.); niemiecki organ konkurencji (dec. nr B 9-121/13 z 22.12.2015 r.); dec. niemieckiego organu konkurencji nr B 6-46/12 z dnia 26 listopada 2013 r. dotycząca Amazon oraz dec. Komisji nr AT.39847 z 12.12.2012 r. w sprawie *E-Books*.

⁴¹ Zob. art. 1 ust. 1 lit d) rozporządzenia oraz wytyczne pkt 67. Jak jednocześnie wskazuje Komisja w wytycznych, prawdopodobieństwo, aby dostawca usług pośrednictwa internetowego został zakwalifikowany jako agent, a tym samym, aby do zawieranych przez niego umów nie miał zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE, jest bardzo niewielkie.

dostawców usług pośrednictwa internetowego postanowień będących klauzulami czarnymi (np. narzucanie cen odsprzedaży, ograniczenie terytorium, na którym może prowadzić sprzedaż podmiot obecny na platformie).

Inną istotną regulację dotyczącą dostawców usług pośrednictwa internetowego zawiera art. 2 ust. 6 rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem wyłączenie spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE przewidziane rozporządzeniem nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych dotyczących świadczenia usług pośrednictwa internetowego, jeżeli dostawca usług pośrednictwa internetowego jest przedsiębiorstwem konkurującym na rynku właściwym sprzedaży towarów lub usług będących przedmiotem pośrednictwa. W praktyce oznacza to, że umowy zawierane przez platformy internetowe z przedsiębiorcami prowadzącymi sprzedaż na tych platformach będą, co do zasady, podlegać indywidualnej ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli tylko podmiot prowadzący platformę sam prowadzi na niej sprzedaż. Analiza powyższego przepisu prowadzi jednak do wniosku, że dostawcy usług pośrednictwa internetowego nie zostali jednak całkowicie pozbawieni możliwości skorzystania z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem. Zasada wyrażona w art. 2 ust. 6 ograniczona została bowiem do porozumień wertykalnych z nabywcami usług pośrednictwa, z którymi dostawcy tych usług konkurują, czyli oferują substytucyjne produkty lub usługi w kanale on-line. Interesujące w kontekście zasady zawartej w art. 2 ust. 6 rozporządzenia będą przyszłe działania platform internetowych w zakresie prowadzenia własnej sprzedaży, a w szczególności czy korzyści wynikające z zastosowania rozporządzenia do zawieranych przez nie umów będą na tyle istotne, że skłonią platformy do ograniczania oferty własnych sklepów.

Ostatnie zagadnienie związane z przepisami rozporządzenia skierowanymi do podmiotów świadczących usługi pośrednictwa internetowego dotyczy klauzuli najwyższego uprzywilejowania (*most favorite nation*; zwanej także klauzulą parytetową; dalej: MFN)⁴². Rozporządzenie 330/2010 w żaden sposób nie odnosiło się do tego zobowiązania, co było równoznaczne z możliwością jego stosowania w umowach dystrybucyjnych bez ryzyka naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli tylko udziały strony porozumienia nie przekraczały progu 30%. Wnioski wynikające z postępowań antymonopolowych prowadzonych przez organy krajowe, m.in. w związku z działaniami platform pośredniczących w rezerwacji zakwaterowania oraz coraz bardziej wszechobecna klauzula MFN w kanale dystrybucji on-line⁴³, wskazywały na konieczność wprowadzenia do rozporządzenia przepisów określających jakie formy MFN mogą korzystać z wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE.

Zgodnie z art 5 ust. 1 lit b) rozporządzenia zobowiązanie uniemożliwiające nabywcy usług pośrednictwa internetowego oferowania, sprzedaży lub odsprzedaży użytkownikom końcowym towarów lub usług na korzystniejszych warunkach przy użyciu konkurencyjnych usług pośrednictwa internetowego nie jest objęte wyłączeniem spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Postanowienia powyższego przepisu wskazują, że Komisja nie zdecydowała się iść w kierunku całkowitego ograniczenia stosowania przez platformy internetowe klauzul MFN. Za istotniejsze uznała eliminowanie ryzyka związanego z ograniczeniem konkurencji między markowej (między

⁴² Klauzula najwyższego uprzywilejowania oznacza zobowiązanie dostawcy lub nabywcy do zapewnienia drugiej stronie takich samych lub lepszych warunków cenowych i nie cenowych, jak te stosowane dla kanałów sprzedaży prowadzonych przez podmioty trzecie – np. dla innych platform internetowych (szeroka MFN) albo jak te warunki, które są stosowane we własnym (bezpośrednim) kanale sprzedaży prowadzonym przez stronę umowy – np. na własnej stronie internetowej (wąska MFN).

⁴³ Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, Bruksela 8.09.2020, s. 181. Zob. także dec. Komisji dotyczące stosowania MFN przez innego typu platformy: dec. nr AT.40153 z 4.05.2017 r. (*E-book MFNs and related matters* (Amazon)) oraz dec. nr AT.39847 z 12.12.2012 r. w sprawie *E-Books*.

platformami), z czym wiążą się ujednolicanie cen, ograniczenie innowacji oraz bariery wejścia na rynek dla nowych platform. Odmawiając dobrodziejstwa wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE jedynie szerokim klauzulom MFN, postanowienia rozporządzenia zdają się zarazem potwierdzać dotychczas pozytywne, co do zasady, podejście krajowych organów konkurencji do wąskiej klauzuli MFN, której stosowanie może prowadzić do prokonkurencyjnych efektywności (Chappatte i O'Connell, 2022, s. 78).

IV. Pozostałe zagadnienia

Omawiając nowe podejście Komisji do klauzul ograniczających konkurencję w porozumieniach wertykalnych, nie sposób nie odnieść się do dwóch istotnych z perspektywy obrotu zagadnień, a mianowicie dopuszczalności wpływania przez dostawcę na politykę cenową dystrybutora oraz klauzuli zakazującej prowadzenia dystrybutorowi działalności konkurencyjnej (klauzula zakazu konkurencji). W odniesieniu do powyższych dwóch kwestii Komisja utrzymała w rozporządzeniu swoje zachowawcze podejście, rozczarowując tych, którzy liczyli na rewolucję. W każdym ze wskazanych powyżej obszarów pojawiły się jednak sygnały sugerujące mniej rygorystyczne stanowisko Komisji aniżeli na gruncie rozporządzenia 330/2010.

Na gruncie rozporządzenia narzucanie przez dostawcę sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży produktów pozostało czarną klauzulą i traktowane jest jako istotne ograniczenie konkurencji (zob. art. 4 lit. a) rozporządzenia). Lektura wytycznych wskazuje zaś, że Komisja identyfikuje sytuacje, w których zobowiązanie dystrybutora do stosowania określonej ceny nie będzie uznane za narzucanie cen odsprzedaży⁴⁴ albo może pozwolić na wykazanie efektywności pozwalających na wyłączenie narzucania cen odsprzedaży spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE⁴⁵. Innym interesującym zagadnieniem poruszonym w wytycznych w kontekście ustalania cen odsprzedaży jest narzucenie minimalnych cen reklamowanych (dalej: MCR), które uniemożliwiają dystrybutorowi reklamowanie cen poniżej poziomu ustalonego przez dostawcę⁴⁶. Zgodnie z pkt 187 wytycznych, klauzula MCR, pomimo że pozostawia dystrybutorowi swobodę sprzedaży po cenie niższej niż cena reklamowana, uznawana jest przez Komisję za pośredni sposób narzucania cen odsprzedaży. Uzasadniając swoje podejście Komisja wskazuje, że stosowanie klauzuli MCR zniechęca dystrybutora do ustalania niższej ceny sprzedaży, ograniczając jego możliwości informowania potencjalnych klientów o dostępnych upustach, co prowadzi do usunięcia kluczowego parametru konkurencji cenowej między detalistami. Jakkolwiek odniesienie się do klauzul MCR na gruncie Wytycznych jest zjawiskiem nowym, to jednak jest ono konsekwencją ustaleń dokonanych przez Komisję kilkanaście lat temu w sprawie Yamaha⁴⁷.

⁴⁴ Zob. wytyczne, pkt 193, w którym Komisja uznaje, że sytuacja, w której dostawca ustala bezpośrednio z klientem cenę po jakiej klient nabydzie produkty, a następnie zawiera z dystrybutorem porozumienie o wykonaniu umowy podpisanej wcześniej z klientem (*fulfilment contract*) umożliwia narzucenie w porozumieniu z dystrybutorem ceny odsprzedaży produktów. Dopuszczalność określania przez dostawcę w takich przypadkach ceny po jakiej dystrybutor ma sprzedać produkty uzależniona jest od tego, że to dostawca (a nie klient) wybiera dystrybutora, który będzie pośredniczył w sprzedaży produktów.

⁴⁵ Zob. wytyczne, pkt 197, w którym Komisja wyszczególnia przypadki, gdy przedsiębiorcy mogą podnosić, że narzucanie cen odsprzedaży powoduje zwiększenie efektywności i powinno być objęte wyłączeniem przewidzianym w art. 101 ust. 3 TFUE. Wśród tego katalogu warto w szczególności zwrócić uwagę na krótkotrwałe kampanie promocyjne (od 2 do 6 tygodni) w sieciach, takich jak franczyza oraz na regularną sprzedaż produktów przez dystrybutora poniżej cen zakupu, co negatywnie wpływa na wizerunek marki, osłabiając popyt oraz motywację dostawcy do inwestowania w jakość i postrzeganie marki na rynku.

⁴⁶ Wytyczne, pkt 187 lit. d) i 189.

⁴⁷ Dec. Komisji nr COMP/37.975 PO/Yamaha z 16.07.2003 pkt 124 oraz 133–135.

Podobnie jak w przypadku narzucania cen odsprzedaży, w odniesieniu do klauzuli zakazu konkurencji rozporządzenie nie wprowadziło żadnych zmian w porównaniu z rozporządzeniem 330/2010. Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a) rozporządzenia, nałożone na dystrybutora zobowiązanie do nieprowadzenia działalności konkurencyjnej przez czas nieokreślony lub na okres dłuższy niż 5 lat, nie korzysta z wyłączenia z art. 101 ust. 1 TFUE. Akcentowana w toku konsultacji publicznych zbyt rygorystyczna i oderwana od realiów rynkowych ocena klauzul zakazu konkurencji została jednak uwzględniona przez Komisję w wytycznych. Zgodnie z pkt 248 wytycznych zakaz konkurencji, który jest w sposób milczący odnawialny po upływie pięciu lat, będzie objęty wyłączeniem grupowym, jeśli nabywca może skutecznie renegecować lub rozwiązać porozumienie wertykalne zawierające to zobowiązanie z rozsądnym okresem wypowiedzenia i przy rozsądnych kosztach. Podobnie jak w szeregu innych przypadków, zasada ta powinna jednak znaleźć odzwierciedlenie w rozporządzeniu, co przyczyniłoby się do większej pewności prawnej przedsiębiorców.

V. Podsumowanie

Przyjmując ostateczne brzemienne rozporządzenia i wytyczne, Komisja uwzględniła część z propozycji zgłoszonych w toku konsultacji publicznych i zdecydowała się wprowadzić do nowych przepisów kilka nowych rozwiązań (np. podzielona wyłączność, możliwość stosowania wobec dystrybutora różnych cen produktów w zależności od tego czy mają one trafić do kanału on-line, czy tradycyjnego, ograniczenia w wymianie informacji w modelu podwójnej dystrybucji). W efekcie, w przypadku niektórych rodzajów porozumień wertykalnych rozporządzenie i towarzyszące mu wytyczne gwarantują przedsiębiorcom większą swobodę kontraktowania bez konieczności dokonywania indywidualnej oceny czy zawierane przez nich porozumienia nie zostaną zakwestionowane na gruncie art. 101 TFUE.

Jednakże w przypadku operatorów platform on-line, konkurujących z podmiotami trzecimi na własnych platformach w zakresie sprzedaży produktów, rozporządzenie pozbawia ich dotychczasowych korzyści wynikających z automatycznego wyłączenia zawieranych przez nich umów spod zakazu ustanowionego w art. 101 ust. 1 TFUE. Można uznać, że w tym zakresie przepisy rozporządzenia i postanowienia wytycznych stanowią odpowiedź na zmiany, jakie zaszły w otoczeniu rynkowym w ostatnich kilkunastu latach, w szczególności zaś wzrostu siły rynkowej podmiotów świadczących usługi pośrednictwa internetowego, wynikającej z dynamicznie rosnącego znaczenia dystrybucji w kanale on-line kosztem modelu tradycyjnego i związanych z tym zjawiskiem doświadczeń organów konkurencji.

Pomimo że rozporządzenie oraz wytyczne stanowią co do zasady udaną próbę odpowiedzi na szereg oczekiwanych przez uczestników rynku i doradców prawnych zmian, sposób ich wprowadzenia może w niektórych przypadkach budzić uzasadnione wątpliwości pod kątem pewności prawnej, jaką dokumenty te powinny zapewniać przedsiębiorcom. Otwarte katalogi dopuszczalnych oraz niedopuszczalnych działań, nieprecyzyjne, a tym samym oparte na indywidualnej ocenie przesłanki dopuszczalności stosowania niektórych ograniczeń wertykalnych znacząco wpływają na sytuację prawną przedsiębiorców, nie dając im jednoznacznej odpowiedzi czy stosowane przez nich rozwiązania w ramach systemów dystrybucji będą wyłączone spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Wydaje się zarazem, że doświadczenia Komisji przy ocenie

poszczególnych rodzajów ograniczeń wertykalnych oraz zgromadzony w toku konsultacji publicznych obszerny materiał, umożliwił Komisji przedstawienie w rozporządzeniu, a w szczególności w wytycznych bardziej jednoznacznych ocen prawnych. Nawet jeśli byłyby to oceny odbiegające od oczekiwań uczestników rynku, to wynikająca z nich pewność prawna miałaby dla przedsiębiorców walor trudny do kwestionowania.

Bibliografia

- Brenning-Louko, M., Gurin, A., Peeperkorn, L. i Viertiö, K. (2010). Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decade. *Competition Policy International*, 2.
- Chappatte, P. i O'Connell, K. (2022). E-Commerce: Most Favoured Nation Clauses. W: *Digital Markets Guide – Second Edition*. London: GCR.
- Jones, A. (2021). *Expert report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation*. Luksemburg: Publications Office of the European Union.
- Mavroghenis, S. i Kolotourou, Ch. (2022). European Union: Restriction of Online Sales. W: C. Jeffs, D. Sokol, S. Ning (red.), *Digital Markets Guide*. London: GCR.
- Pautke, S. i Schultze, J.M. (2018). *Expert Report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation Information exchange in dual distribution*. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en.
- Wijckmans, F. i Jaques, S. (2021). *Expert report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation, Active sales restrictions in different distribution models and combinations of distribution models*. Luksemburg: Publications Office of the European Union.
- Wijckmans, F. i Tuytschaever, F. (2011). *Vertical Agreements in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.