

AGATA ZAWŁOCKA-TURNO, BARTOSZ TURNO

## USTALANIE SZTYWNYCH LUB MINIMALNYCH CEN ODSPRZEDAŻY JAKO POROZUMIENIE OGRANICZAJĄCE KONKURENCJĘ ZE WZGLĘDU NA CEL (PRZEDMIOT) W PRAWIE UNIJNYM

### I. ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE

Przez wiele lat podejście zarówno unijnych, jak i amerykańskich sądów i organów ochrony konkurencji do wertykalnych porozumień przedsiębiorców<sup>1</sup> polegających na ustalaniu sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży<sup>2</sup> było bardzo restrykcyjne. W prawie unijnym RPM klasyfikowane było i jest nadal jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel (przedmiot)<sup>3</sup>. Z kolei ugruntowane orzecznictwo amerykańskich sądów klasyfikowało RPM jako

---

<sup>1</sup> Przez pojęcie „przedsiębiorcy” należy w tym opracowaniu rozumieć także „przedsiębiorstwo” (ang. *undertaking*) w znaczeniu przyjętym w unijnym prawie konkurencji. Mimo że w polskim prawie pojęcia „przedsiębiorca” i „przedsiębiorstwo” mają odmienne znaczenie, to jednak na gruncie prawa konkurencji terminy te uznaje się za tożsame. W polskiej praktyce prawa konkurencji pojęcie „przedsiębiorca” jest bowiem z reguły interpretowane zgodnie ze znaczeniem nadanym w unijnym prawie konkurencji terminowi „przedsiębiorstwo” – G. Materna, *Pojęcie „przedsiębiorca” a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji*, w: C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska (red.), *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2006, s. 47.

<sup>2</sup> Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży w niniejszym opracowaniu jest określane łącznie jako RPM (ang. *Resale Price Maintenance*). Artykuł nie odnosi się natomiast do ustalania w stosunkach wertykalnych maksymalnych bądź rekomendowanych cen odsprzedaży, których stosowanie jest dozwolone, jeśli spełniony jest warunek wskazany w rozporządzeniu Komisji 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 uzgodnionych praktyk, Dz. Urz. UE 2010, L 102/1 (dalej: nowe wyłączenie grupowe). Zastąpiło ono rozporządzenie Komisji nr 2790/1999 z 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i uzgodnionych praktyk, Dz. Urz. WE 1999, L 336/21 (dalej: stare wyłączenie grupowe). Warunek ten sprowadza się do nieprzekraczania zarówno przez dostawcę, jak i dystrybutora progu 30% udziału, odpowiednio w rynku sprzedaży i rynku zakupu towarów, o ile cena rekomendowana lub maksymalna nie ma w rzeczywistości charakteru ceny minimalnej lub sztywnej.

<sup>3</sup> Przepis art. 6 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), który jest wzorowany na art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2010, C 83/47 (dalej: TFUE), jak i polska judykatura i doktryna prawa posługują się wyrażeniem „porozumienia, których celem [...] jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie [...] konkurencji”. Niemniej jednak w niniejszym opracowaniu konsekwentnie posługujemy się wyrażeniem „porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot)”. Bardziej adekwatne – bliższe znaczeniowo i bez subiektywnego zabarwienia – jest bowiem wyrażenie: „ograniczenie ze względu na przedmiot”, a nie „cel” przy tłumaczeniu ang. *restriction by object* – A. Stawicki, w: idem, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska-LEX, Warszawa 2011, s. 225-227.

naruszenie *per se*<sup>4</sup>. W USA podejście do RPM uległo jednak zmianie w 2007 r. Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Leegin*<sup>5</sup> uchylił bowiem stuletni precedens<sup>6</sup> i uznał, że RPM winno być oceniane w ramach reguły rozsądku. Wyrok ten zintensyfikował toczącą się już debatę dotyczącą właściwego podejścia do kwestii oceny RPM, w której ścierają się odmienne poglądy prawników i ekonomistów. Prawnicy – co do zasady – dążą bowiem (za pomocą domniemań faktycznych lub prawnych) do klasyfikowania określonych zachowań przedsiębiorców jako legalnych albo nielegalnych. Z kolei zdaniem ekonomistów – RPM nie wpisuje się w ten dychotomiczny podział ze względu na możliwość wywoływania jednocześnie zarówno anty-, jak i prokonkurencyjnych skutków<sup>7</sup>. Dyskusja ta prowokuje postawienie pytania, czy Komisja Europejska (dalej: Komisja), pomimo wydania nowego wyłączenia grupowego oraz towarzyszących mu wytycznych dotyczących ograniczeń wertykalnych<sup>8</sup>, nie powinna jednak zastanowić się nad zmianą podejścia do RPM w unijnym prawie konkurencji.

## II. ANTY- I PROKONKURENCYJNE SKUTKI RPM

Dyskusja dotycząca podejścia do RPM ogniskuje się w przeważającej mierze na ocenie anty- i prokonkurencyjnych skutków tej praktyki. Kwestia ta z powodu ograniczonych ram niniejszego opracowania oraz obszernego

<sup>4</sup> Istnieją dwie kategorie analizy naruszeń art. 1 ustawy Shermana – *per se* oraz reguła rozsądku (ang. *rule of reason*). Te dwie kategorie są porównywane do unijnego podziału na ograniczenia (analizowane) ze względu na (odpowiednio): cel (przedmiot) lub skutek. Istnieje jednak różnica pomiędzy systemem amerykańskim i unijnym, polegająca na tym, że w wypadku naruszenia z kategorii *per se* (np. przez kartel cenowy) prawo amerykańskie wyklucza podnoszenie przez przedsiębiorców argumentu, iż zawarte porozumienie nie ogranicza konkurencji. Reguła rozsądku jest wieloczynnikową analizą racjonalności, aby ocenić cel oraz skutki praktyki – E. Gellhorn, W. E. Kovacic, S. Calkins, *Antitrust and Economics. In a Nutshell*, wyd. 5, Thomson-West 2004, s. 200-236.

<sup>5</sup> Wyrok z 28 czerwca 2007 r., *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). Leegin – producent wyrobów skórzanych – prowadził politykę marketingową zakładającą sprzedaż swoich towarów wyłącznie za pośrednictwem małych sprzedawców. Polityka ta miała zapewnić lepszy serwis przedsprzedażowy dla finalnych odbiorców towarów Leegin, a w konsekwencji sprawić, że zakupy będą dla klientów bardziej satysfakcjonujące niż zakupy u dużych sprzedawców traktujących klientów bezosobowo. W 1997 r. Leegin wprowadził RPM przy sprzedaży niektórych swoich towarów. Po wprowadzeniu tej polityki jeden z małych sprzedawców dystrybuujących towary Leegin – Kay's Kloset (spółka zależna PSKS, Inc.) – odmówił zaprzestania stosowania rabatów na określony towar Leegin, tj. sprzedazy poniżej RPM wskazanej przez producenta. Skutkiem tego było wykluczenie przez Leegin tego sprzedawcy z systemu dystrybucji. Sąd Najwyższy USA, do którego ostatecznie trafił spór między producentem a jego byłym dystrybutorem, uznał, że Leegin nie naruszył prawa, RPM bowiem powinno być oceniane w ramach reguły rozsądku. W opinii Sądu: 1) podejście *per se* winno być ograniczone tylko do praktyk, które zawsze lub prawie zawsze zmierzają do ograniczenia konkurencji i zmniejszenia podaży; 2) w literaturze ekonomicznej można znaleźć wiele prokonkurencyjnych uzasadnień dla stosowania RPM; 3) okoliczność, że RPM może mieć antykonkurencyjne skutki i że dowody oparte na badaniach poznawczych są nieliczne, nie prowadzi do wniosku, że prokonkurencyjne RPM mogą występować bardzo rzadko lub tylko hipotetycznie.

<sup>6</sup> Wyrok z 3 kwietnia 1911 r., *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

<sup>7</sup> A. Fletcher, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and Article 81 Analysis*, w: B. E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the FCLI*, Juris Publishing 2010, s. 615-616.

<sup>8</sup> Obwieszczenie Komisji – *Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych*, Dz. Urz. UE 2010, C 130/1 (dalej: nowe wytyczne wertykalne), które zastąpiły obwieszczenie Komisji – *Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych*, Dz. Urz. WE 1999, C 291/1 (dalej: stare wytyczne wertykalne).

piśmiennictwa może być jedynie zasygnalizowana. Ponadto trafnie wskazuje się, że rozważania w tym zakresie są bardziej odpowiednie dla ekonomistów niż prawników<sup>9</sup>.

Mówiąc o antykonkurencyjnych skutkach RPM, należy wskazać, że powoduje ono ograniczenie wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej<sup>10</sup> i zwiększa transparentność cen, a dzięki temu sprzyja kartelizacji rynku na poziomie producentów (dostawców), jak również dystrybutorów, ułatwiając im kontrolę przestrzegania uzgodnień co do wysokości ceny. Ograniczenie konkurencji cenowej wydaje się szczególnie problematyczne, gdy RPM zostaje zastosowane z inicjatywy dystrybutorów. RPM, co do zasady, prowadzi do podwyższenia cen odsprzedaży oraz do zmniejszenia innowacyjności i rozwoju dystrybutorów, chroniąc mniej efektywnych. RPM może także skutkować zmniejszeniem presji ze strony dystrybutorów na obniżanie marży producenta (dostawcy)<sup>11</sup>.

Odnosząc do prokonkurencyjnych skutków RPM uznaje się, że pomimo ograniczenia cenowej konkurencji wewnątrzmarkowej, RPM może prowadzić jednak do zwiększenia pozacenowej konkurencji wewnątrzmarkowej (na przykład poprzez zwiększony serwis przedsprzedażowy oraz reklamę), a przez to do zintensyfikowania pozacenowej i cenowej konkurencji międzymarkowej<sup>12</sup>. Zintensyfikowaniu konkurencji międzymarkowej sprzyja ograniczanie przez RPM tak zwanego efektu gapowicza<sup>13</sup> na poziomie dystrybucji. Dystrybutorzy, mogą bowiem dążyć do angażowania środków uzyskanych z RPM w promocję marki A, co może wymusić na dystrybutorach marki B również większą promocję lub obniżkę cen. RPM może również przyczynić się do ochrony renomy produktów stworzonej dzięki sposobowi, w jaki sprzedawcy dystrybuują te produkty (na przykład kosmetyki sprzedawane w ekskluzywnych salonach sprzedaży). Uznaje się także, że RPM może ułatwiać producentom wprowadzenie na rynek nowych produktów poprzez zagwarantowanie dystrybutorowi hojnej marży zachęcającej go do sprzedaży i promowania nowego produktu, zwłaszcza w sytuacji ograniczonej powierzchni wystawienniczo-magazynowej<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> J. Goyder, *Is Nothing Sacred? Resale Price Maintenance and the EU Policy Review on Vertical Restraints*, w: *The Pros and Cons of Vertical Restraints*, Bromma 2008, s. 168.

<sup>10</sup> Ang. *intra-brand competition*. Terminami „konkurencja wewnątrzmarkowa”, „konkurencja międzymarkowa” oraz w konsekwencji terminem „marka” towaru, pomimo iż nie są one terminami języka prawnego, lecz co najwyżej prawniczego, autorzy posługują się za: E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, s. 69; A. Jurkowska, w: A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2009, s. 388; A. Stawicki, w: idem, E. Stawicki (red.), op. cit., s. 244. Terminami tymi posługuje się również Prezes UOKiK w swoim orzecznictwie, np. w decyzji z 18 czerwca 2006 r. nr DOK-107/06, s. 15, lub decyzji z 31 grudnia 2010 r., nr DOK-12/2010, s. 106 ([www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)). Dodatkowo terminy te są używane w polskim tłumaczeniu nowych wytycznych wertykalnych, np. pkt 100, 102 i 149.

<sup>11</sup> L. Peepkorn, *Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies*, „European Competition Journal” 4, 2008, nr 1, s. 201-212; E. Gippini-Fournier, *Resale Price Maintenance in the EU: in statu quo ante bellum?*, <http://srn.com/abstract=1476443>.

<sup>12</sup> Ang. *inter-brand competition*.

<sup>13</sup> Ang. *free riding problem* – szerzej D. W. Carlton, J. M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, wyd. 4, Addison-Wesley 2005, s. 418.

<sup>14</sup> L. Peepkorn, op. cit., s. 201-212.

Mimo zgody co do tego, że RPM może mieć zarówno negatywne, jak i pozytywne skutki dla konkurencji, brak jednolitej opinii, które z nich przeważają<sup>15</sup>. Niewielka ilość dowodów opartych na badaniach poznawczych<sup>16</sup> również nie ułatwia rozstrzygnięcia tej kwestii<sup>17</sup>. Niemniej jednak wydaje się, że teoretyczne argumenty świadczące o przewadze skutków antykonkurencyjnych RPM są bardziej przekonujące<sup>18</sup>.

### III. PODEJŚCIE DO RPM W UNIJNYM PRAWIE KONKURENCJI

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w art. 101 ustanawia zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Przepis ten przewiduje dwustopniową ocenę porozumień. Ustalenie, że porozumienie mieści się w zakresie i spełnia przesłanki art. 101 ust. 1 TfUE oznacza, że narusza ono prawo konkurencji (pierwszy stopień analizy), chyba że strony wykażą, iż ich zachowanie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3 TfUE (drugi stopień analizy)<sup>19</sup>. Co ważne, w unijnym prawie konkurencji teoretycznie wszystkie porozumienia – nawet te ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) – mogą wypełnić przesłanki z art. 101 ust. 3 TfUE<sup>20</sup>, który wprowadza możliwość indywidualnego wyłączenia porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Ciężar dowodu w takiej sytuacji spoczywa jednak na przedsiębiorcy chcącym skorzystać z wyłączenia spod zakazu. Inną możliwością objęcia porozumienia dobrodziejstwem wynikającym z art. 101 ust. 3 TfUE jest spełnienie wymogów (w szczególności braku „klausul czarnych” uznawanych za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji) określonych w jednym z rozporządzeń przewidujących wyłączenie grupowe (to jest dla określonej kategorii porozumień), co skutkuje automatycznym wyłączeniem takiego porozumienia spod zakazu<sup>21</sup>.

Utrwalone orzecznictwo sądów unijnych traktuje RPM jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel (przedmiot)<sup>22</sup>. Dlatego też było ono i jest nadal

<sup>15</sup> A. P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 81 EC: Developing a More Sensible Analytical Approach*, w: B. E. Hawk (red.), op. cit., s. 579.

<sup>16</sup> W zakresie takich dowodów zob. P. M. Ippolito, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation*, „Journal of Law & Economics” 34, 1991, nr 2, s. 263-294; T. R. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, FTC 1983.

<sup>17</sup> M. Lao, *Resale Price Maintenance: A Reassessment of its Competitive Harms and Benefits*, w: J. Drexler, E. Elgar (red.), *More Common Ground for International Competition Law?*, s. 33, <http://ssrn.com/abstract=1434984>.

<sup>18</sup> F. Van Doorn, *Resale Price Maintenance in EC Competition Law. A Law & Economics Perspective*, Utrecht University, Utrecht 2009, s. 93 (<http://www.nver.nl>).

<sup>19</sup> E. Gippini-Fournier, op. cit., s. 16.

<sup>20</sup> Wyrok Sądu z 15 lipca 1994 r. w sprawie T-17/93 *Matra Hachette*, Zb. Orz 1994, s. II-595, pkt 85. Zob. też R. Whish, *Competition Law*, wyd. 6, Oxford University Press, New York 2009, s. 119.

<sup>21</sup> Szerzej np. A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008.

<sup>22</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) z 28 stycznia 1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia*, Zb. Orz. 1986, s. 353, pkt 25; wyrok TS z 3 czerwca 1985 r. w sprawie 243/83 *SA Binon*, Zb. Orz. 1985, s. 2015, pkt 44.

uznawane za jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji wymienionych w art. 4 odpowiednio starego i nowego wyłączenia grupowego. Zatem porozumienie zawierające taką klauzulę nie korzystało i nie korzysta z wyłączenia grupowego, co powoduje, że porozumienie takie podlega indywidualnej analizie co do zgodności z art. 101 ust. 1 i 3 TfUE. W praktyce jest jednak mało prawdopodobne, aby porozumienie mieszczące się w kategorii najpoważniejszych ograniczeń konkurencji spełniło kryteria wynikające z art. 101 ust. 3 TfUE, pozwalające na wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Komisja stoi bowiem na stanowisku, że najpoważniejsze ograniczenia konkurencji obiektywnie nie przynoszą korzyści gospodarczych ani też korzyści dla konsumentów oraz – co do zasady – jest mało prawdopodobne, aby zostały uznane za nieodzowne do zwiększenia efektywności<sup>23</sup>. Zatem uznaje się, że w odniesieniu do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji funkcjonuje domniemanie negatywne, czyli domniemanie niespełnienia przesłanek z art. 101 ust. 3 TfUE. Ponadto, w pkt 46-48 starych wytycznych wertykalnych, Komisja jednoznacznie wskazała, że RPM (jako najpoważniejsze ograniczenie) raczej nie może liczyć na wyłączenie spod zakazu na mocy art. 101 ust. 3 TfUE. Dlatego – mimo teoretycznej możliwości wyłączenia RPM spod zakazu w oparciu o art. 101 ust. 3 TfUE – wyłączenie takie nigdy nie zostało przez Komisję udzielone<sup>24</sup>. W związku z tym istniało silne przekonanie, że RPM jest w praktyce *per se* zakazane. Z samej swojej definicji RPM mieściło się bowiem w zakresie art. 101 ust. 1 TfUE, nie kwalifikowało się do kategorii wyłączeń grupowych, a Komisja nigdy nie uznała, że porozumienie takie spełniło kryteria wyłączenia ustanowione w art. 101 ust. 3 TfUE<sup>25</sup>.

Nowe wytyczne wertykalne wprowadzają jednak pewne zmiany. Komisja w pkt 47 i 223 tych wytycznych wyjaśnia, że zastosowanie art. 101 ust. 3 TfUE nie jest wykluczone nawet w stosunku do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Nowe wytyczne przewidują także sytuacje, w których Komisja byłaby gotowa rozważyć uzasadnione argumenty świadczące o korzyściach płynących z RPM<sup>26</sup> i o zasadności ich stosowania (takie jak: ułatwienie wprowadzenia na rynek nowego produktu, krótkoterminowe kampanie niskich cen, zapobieganie efektowi gapowicza, co umożliwi sprzedawcom detalicznym świadczenie [dodatkowych] usług przedsprzedażowych)<sup>27</sup>. Wskazuje się, że powyższe modyfikacje stanowiska Komisji mogą okazać się jednak niewystarczające do zmiany powszechnego postrzegania RPM jako w praktyce zakazanego *per se*<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Obwieszczenie Komisji – *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust 3 Traktatu*, Dz. Urz. UE 2004, C 101/97, pkt 46 i 79 (dalej: wytyczne w sprawie art. 101 ust. 3 TfUE).

<sup>24</sup> J. Goyder, op. cit. s. 179; F. Dethmers, P. Posthuma de Boer, *Ten Years On: Vertical Agreements under Article 81*, „European Competition Law Review” 30, 2009, nr 9, s. 427.

<sup>25</sup> F. Van Doorn, *Resale Price Maintenance in EC Competition Law: The Need for a Standardised Approach*, 2009, s. 6, <http://ssrn.com/abstract=1501070>; A. Jones, *Completion of the Revolution in Antitrust Doctrine on Restricted Distribution: Leegin and its Implications for EC Competition Law*, „The Antitrust Bulletin” 53, 2008, nr 4, s. 949.

<sup>26</sup> E. Gippini-Fournier, op. cit., s. 23.

<sup>27</sup> Nowe wytyczne wertykalne, pkt 225.

<sup>28</sup> A. P. Reindl, op. cit., s. 580-581.

#### IV. POROZUMIENIA OGRANICZAJĄCE KONKURENCJĘ ZE WZGLĘDU NA CEL (PRZEDMIOT)

Antykonkurencyjny cel (przedmiot) i skutek porozumienia, o których mowa w art. 101 ust. 1 TfUE, są przesłankami alternatywnymi<sup>29</sup>. Oznacza to, że dla stwierdzenia antykonkurencyjnego porozumienia wystarczające jest wykazanie jednej z tych przesłanek – celu (przedmiotu) lub skutku w postaci ograniczenia konkurencji<sup>30</sup>. Przyjmuje się, że w pierwszej kolejności należy rozważyć cel (przedmiot) porozumienia, a jeśli w ten sposób nie ustali się istnienia dostatecznie szkodliwych konsekwencji dla konkurencji, niezbędne jest przeanalizowanie jego skutków<sup>31</sup>. Porozumienie może mieć jednocześnie antykonkurencyjny cel (przedmiot) i skutek. Klasyfikacja porozumienia jako ograniczającego konkurencję ze względu na cel (przedmiot) lub skutek ma istotne implikacje.

W wypadku porozumień uznawanych za ograniczenie ze względu na cel (przedmiot), do stwierdzenia naruszenia art. 101 ust. 1 TfUE nie jest konieczne wykazanie skutków porozumienia<sup>32</sup>. Dodatkowo, w takiej sytuacji strony są pozbawione możliwości przedstawiania (na etapie analizy) czy ich porozumienie spełnia przesłanki naruszenia art. 101 ust. 1 TfUE – dowodów, że nie wywołuje ono antykonkurencyjnych skutków, a zatem nie ogranicza konkurencji<sup>33</sup>. Na tym etapie strony mogą jednak argumentować, że porozumienie nie narusza art. 101 ust. 1 TfUE ze względu na realizowanie przez nie uzasadnionego interesu publicznego<sup>34</sup> związanego na przykład z funkcją regulacyjną. Natomiast w wypadku porozumień uznawanych za ograniczenie konkurencji ze względu na skutek Komisja jest zobligowana do przeprowadzenia obszernej i uciążliwej analizy ich rzeczywistych lub potencjalnych skutków<sup>35</sup>, w tym do określenia sytuacji, która istniałaby na rynku, gdyby porozumienie nie zostało zawarte (ang. *counterfactual*)<sup>36</sup>.

Porozumieniami ograniczającymi konkurencję ze względu na cel (przedmiot) są takie porozumienia, które z samej swojej natury mają zdolność ograniczenia konkurencji. W kontekście celów realizowanych przez unijne prawo kon-

<sup>29</sup> Np. wyrok TS z 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile* (dalej: sprawa *T-Mobile*), Zb. Orz. 2009, s. I-04529, pkt 28.

<sup>30</sup> Zob. np. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 213-214 i 444-447; K. Kohutek, w: idem, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 252-253; A. Jurkowska, w: eadem, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), op. cit., s. 378-379.

<sup>31</sup> Wyrok TS z 20 listopada 2008 r. w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development Society Ltd* (dalej: sprawa *BIDS*), Zb. Orz. 2008, I-8637, pkt 15; sprawa *T-Mobile*, pkt 28.

<sup>32</sup> Wyrok TS z 13 lipca 1966 r. w połączonych sprawach 56/64 and 58/64, *Consten and Grundig*, Zb. Orz. 1966, s. 299, pkt 342; sprawa *BIDS*, pkt 16; sprawa *T-Mobile*, pkt 29.

<sup>33</sup> A. P. Reindl, op. cit., s. 588.

<sup>34</sup> Wyrok TS z 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99, *Wouters i Inni*, Zb. Orz. 2002, s. I-1577, pkt 97 oraz wyrok TS z 18 lipca 2006 r. w sprawie C-519/04 P, *Meca Medina*, Zb. Orz. 2006, s. I-6991.

<sup>35</sup> Np. wyrok TS z 12 grudnia 1967 r. w sprawie 23/67, *SA Brasserie de Haecht*, Zb. Orz. 1967, s. 407, pkt 415; wyrok TS z 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89, *Delimitis v Henninger Bräu*, Zb. Orz. 1991, s. I-935, pkt 13; wytyczne w sprawie 101 ust. 3 TfUE, pkt 24-27.

<sup>36</sup> Wyrok Sądu z 2 maja 2005 r. w sprawie T-328/03, *O2*, Zb. Orz. 2006, s. II-1231, pkt 73. Zob. także C. Veljanovski, *Counterfactual Tests in Competition Law*, „Competition Law Journal” 2010, nr 4 (<http://ssrn.com/abstract=1714706>).

kurencji mają one na tyle duży potencjał wywołania negatywnych skutków, że nie jest konieczne wykazanie ich skutków na rynku. To domniemanie jest oparte na uznaniu poważnego charakteru tych ograniczeń oraz na doświadczeniu wskazującym, że będą one prawdopodobnie wywoływać niekorzystne skutki na rynku i mogą zagrażać realizacji celów UE. Przy ocenie antykonkurencyjnego charakteru porozumienia należy uwzględnić między innymi jego treść, zakładane cele oraz kontekst ekonomiczny i prawny.

Zaklasyfikowanie określonego typu porozumień do kategorii ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) wynika z polityki konkurencji w UE, w tym z zamierzonych przez nią celów<sup>37</sup>. Istotnym czynnikiem mającym wpływ na zakres kategorii ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) jest przykładanie przez prawo UE równej wagi do ochrony konkurencji wewnątrz- i między-markowej. Ponadto na zakres tej kategorii wpływa fakt, że ograniczenie konkurencji cenowej zajmuje najwyższą pozycję w hierarchii naruszeń unijnego prawa konkurencji<sup>38</sup>.

Zaklasyfikowanie określonego typu porozumień do kategorii ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) wiąże się z domnianiem ich antykonkurencyjnych skutków<sup>39</sup>. Celem ustanowienia tego domniemania i korzyściami z niego płynącymi są: pewność co do prawa i związana z tym oszczędność (dla organu antymonopolowego oraz przedsiębiorców) zasobów personalnych i finansowych oraz odstraszenie przed zachowaniami uznawanymi za najbardziej szkodliwe dla konkurencji. Mimo iż domniemanie to jest bardzo silne, wydaje się, że może ono zostać wzruszone, jeżeli przedsiębiorca przedstawi dowody świadczące o tym, iż nie można oczekiwać wystąpienia antykonkurencyjnego skutku badanego porozumienia<sup>40</sup> (sposób, w jaki to domniemanie mogłoby zostać wzruszone w odniesieniu do RPM, zostanie przedstawiony w pkt VII).

## V. WPLYW NAUKI EKONOMII NA REGULY PRAWA KONKURENCJI

Istotnym elementem w dyskusji dotyczącej podejścia do RPM jest określenie wzajemnej relacji pomiędzy regułami prawa konkurencji a nauką ekonomii oraz wpływu, jaki ta nauka powinna wywierać na reguły prawa konkurencji. Niewątpliwie nauka ekonomii odgrywa obecnie ważną rolę w prawie konkurencji. Wskazuje się jednak, że „winna ona być raczej narzędziem w procesie

<sup>37</sup> R. Whish, op. cit., s. 118; A. Nikpay, J. Faull, *Article 81*, w: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, wyd. 2, Oxford University Press, New York 2007, s. 226.

<sup>38</sup> E. Gippini-Fournier, op. cit., s. 4.

<sup>39</sup> Wytoczne w sprawie art. 101 ust. 3 TFUE, pkt 21; O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Art. 81*, Oxford University Press, New York 2006, s. 113 i n.

<sup>40</sup> M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy and Small Steps towards a More Nuanced Policy*, w: B. E. Hawk (red.), op. cit., s. 500; O. Odudu, *Restrictions of Competition by Object – What's the Beef*, „Competition Law Journal” 2008, s. 11 i n.

tworzenia prawa, niż jego główną siłą napędową<sup>41</sup>. Związane jest to z tym, że prawo ma inne cele niż ekonomia oraz że obie dyscypliny traktują określone zagadnienia w odmienny sposób, przez co nie zawsze ze sobą współgrają. Funkcją prawa konkurencji jest przede wszystkim wskazanie jasnych zasad, tak aby przedsiębiorcy wiedzieli, jakie zachowania są dozwolone, a jakie zakazane. Z kolei ekonomia prawa konkurencji służy przede wszystkim wyjaśnieniu reguł funkcjonowania rynków, po to, aby ocenić, co się wydarzyło w przeszłości, lub przewidzieć, co może się wydarzyć w przyszłości<sup>42</sup>. Jak się wydaje, w państwie prawa możliwość zarządzania systemem prawnym jest jednak bardziej istotna niż najnowsze teorie ekonomiczne. Zasady państwa prawa wymagają bowiem uprzedniego istnienia reguł, które możliwie precyzyjnie wskazują przedsiębiorcom, co jest zakazane. Takiej precyzji nie gwarantuje natomiast promowana przez ekonomistów każdorazowa, indywidualna analiza skutków konkretnej sprawy (ang. *case-by-case analysis*)<sup>43</sup>, przedsiębiorca bowiem nie byłby w stanie wcześniej określić, czy jego działanie jest dozwolone.

Niewątpliwie szersze wykorzystanie dorobku ekonomii oraz wprowadzenie zróżnicowanych reguł oceny (uwzględniających dodatkowe kryteria), połączone z głębszą analizą każdej indywidualnej sprawy, skutkuje zmniejszeniem kosztów błędów (to znaczy wydawania decyzji błędnie stwierdzających<sup>44</sup> lub błędnie niestwierdzających<sup>45</sup> stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję)<sup>46</sup>. Jednocześnie zwiększone zróżnicowanie reguł oceny zwiększa istotnie przy wyborze właściwego podejścia do RPM koszty regulacyjne, czyli koszty związane ze stanowieniem reguł konkurencji oraz ponoszone przez organy ochrony konkurencji koszty monitorowania (o charakterze szczególnym i ogólnym), informowania oraz administrowania, jak również koszty przedsiębiorców związane z przestrzeganiem reguł konkurencji oraz wszelkiego rodzaju pośrednie koszty wynikające ze zmniejszonej pewności co do prawa. Co do zasady, koszty regulacyjne wzrastają wraz z większym stopniem zróżnicowania reguł oceny praktyk przedsiębiorców<sup>47</sup>. Dlatego też – mimo że każdorazowa

<sup>41</sup> J. Goyder, op. cit., s. 171.

<sup>42</sup> Ibidem, s. 169-170. W tym kontekście warto przytoczyć zdanie odrębne sędziego Sądu Najwyższego USA, S. G. Breyera, zajęte w sprawie *Leegin*: „ekonomia może, i powinna stanowić natchnienie dla prawa antytrustowego. Niemniej jednak prawo antytrustowe nie może i nie powinno bezkrytycznie powielać (niejednokrotnie sprzecznych) opinii ekonomistów. Prawo jest bowiem, inaczej niż ekonomia, systemem, który musi się dać zarządzać”.

<sup>43</sup> E. Gippini-Fournier, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 616.

<sup>44</sup> Ang. *false positive decision*.

<sup>45</sup> Ang. *false negative decision*.

<sup>46</sup> Chodzi o błędy popełniane przez organy antymonopolowe przy egzekwowaniu reguł konkurencji. W dużym uproszczeniu koszty decyzji błędnie stwierdzających sprowadzają się do powstania strat w obiektywnych korzyściach gospodarczych (ang. *efficiency losses*) i obciążają głównie przedsiębiorców. Z kolei koszty decyzji błędnie niestwierdzających skutkują nieefektywnością alokacyjną, obciążając w konsekwencji odbiorców lub dostawców i finalnych konsumentów – szerzej T. A. Lambert, *A Decision-Theoretic Rule of Reason for Minimum Resale Price Maintenance*, „Legal Studies Research Paper Series”, Research Paper nr 2009-32, <http://ssrn.com/abstract=1507873>, s. 5.

<sup>47</sup> A. Christiansen, W. Kerber, *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of 'Per Se Rules vs Rule of Reason'*, „Journal of Competition Law and Economics” 2, 2006, nr 2, s. 224, 231-232.



analiza oparta na skutkach zwiększa zdolność organu ochrony konkurencji rozróżniania anty- i prokonkurencyjnego charakteru praktyki przedsiębiorców w konkretnym przypadku (co należałoby ocenić pozytywnie i uznać za korzystne dla przedsiębiorców) – należy jednak uważać, aby wynikające z tej zdolności zmniejszenie kosztów błędów (czyli kosztów wydawania decyzji błędnie stwierdzających lub błędnie niestwierdzających stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję) nie przesłoniło zwiększonych kosztów regulacyjnych (ponoszonych zarówno przez organy ochrony konkurencji, jak i przedsiębiorców)<sup>48</sup>.

Uznaje się, że należy zwiększać stopień zróżnicowania reguł oceny zachowań przedsiębiorców poprzez uwzględnianie dodatkowych kryteriów, aż do momentu, w którym dodatkowe koszty regulacyjne przewyższą wartość uzyskaną dzięki temu redukcji kosztów błędnych decyzji. Czynnikiem determinującym zróżnicowanie reguł oceny jest także rozkład pozytywnych i negatywnych skutków danej praktyki przedsiębiorców dla dobrobytu konsumentów<sup>49</sup>. Bardziej złożona analiza określonej praktyki przedsiębiorców jest tym mniej pożądana, im mniejsza jest liczba przypadków, w których ta praktyka jest dla dobrobytu korzystna<sup>50</sup>.

Wskazuje się, że pomiędzy analizą praktyk ograniczających konkurencję ze względu na cel (przedmiot) a analizą tych praktyk ze względu na skutek istnieją rozwiązania pośrednie. Argumentuje się, że prawo konkurencji powinno nie tyle dopuszczać każdorazową ocenę skutków w indywidualnych sprawach, ile raczej funkcjonować w oparciu o pewien zestaw zróżnicowanych reguł. Ekonomia winna być wykorzystywana przy formułowaniu optymalnie zróżnicowanych reguł. Najbardziej pożądanym rodzajem reguł są rozwiązania pośrednie, to znaczy reguły, które ograniczają zakres analizy skutków określonej praktyki, ale jednocześnie są bardziej zróżnicowane niż reguły *per se*<sup>51</sup> (taka pośrednia, bardziej zróżnicowana analiza w odniesieniu do RPM zostanie przedstawiona w pkt VII).

Konkludując, nauki ekonomiczne powinny stanowić raczej inspirację przy tworzeniu optymalnie zróżnicowanych reguł oceny praktyk ograniczających konkurencję, niekoniecznie natomiast analiza ekonomiczna winna być stosowana przy ocenie każdej indywidualnej sprawy.

## VI. RPM POWINNO BYĆ NADAL ANALIZOWANE JAKO OGRANICZENIE KONKURENCJI ZE WZGLĘDU NA CEL (PRZEDMIOT)

W orzecznictwie unijnym RPM są uważane za ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot). Czy jednak w kontekście przedstawionych wcześniej rozważań jest to słuszne?

<sup>48</sup> F. Van Doorn, *Resale* [...]. *A Law*..., s. 87.

<sup>49</sup> A. Christiansen, W. Kerber, *op. cit.*, s. 229 i 231-232.

<sup>50</sup> F. Van Doorn, *Resale* [...]: *The Need*..., s. 22.

<sup>51</sup> A. Christiansen, W. Kerber, *op. cit.*, s. 216 i 222.

Rewizja podejścia do RPM na poziomie UE „obejmuje szeroki zakres praktycznych i kulturowych, nie wspominając czynników prawnych i dlatego też jest znacznie bardziej złożonym procesem niż samo badanie możliwych ekonomicznych skutków RPM i uwzględnienie jego rezultatów w obowiązującym prawie”<sup>52</sup>. Konieczna jest zatem głębsza analiza czynników, które mają wpływ na zaklasyfikowanie określonych rodzajów porozumień jako ograniczeń ze względu na cel (przedmiot). Zakwalifikowanie określonego typu porozumień do tej kategorii wynika z polityki konkurencji w UE, która odzwierciedla cele unijnego prawa konkurencji. Pomimo licznych deklaracji, że obecnie unijne prawo konkurencji skupia się na dobrobycie konsumentów<sup>53</sup>, w praktyce jednak prawo to realizuje również inne cele, takie jak: integracja rynku wewnętrznego (który nadal pozostaje kluczowym celem)<sup>54</sup> czy ochrona procesu konkurencji<sup>55</sup>. Kolejnym istotnym czynnikiem jest fakt, że orzecznictwo sądów i Komisji przejawia troskę o ograniczenia konkurencji wewnątrzmarkowej, nawet jeśli istnieje silna konkurencja międzymarkowa<sup>56</sup>. W opinii tych organów, porozumienia, które ograniczają konkurencję wewnątrzmarkową, nie pozostają poza zakresem art. 101 ust. 1 TfUE tylko dlatego, że wzmacniają konkurencję międzymarkową<sup>57</sup>. Czynnikiem wpływającym na klasyfikację praktyk jako ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) jest również surowe stanowisko prawa unijnego wobec praktyk ograniczających konkurencję cenową<sup>58</sup>.

Niewątpliwie RPM ogranicza wewnątrzmarkową konkurencję cenową pomiędzy dystrybutorami oraz w każdym niemalże przypadku skutkuje podwyższeniem cen<sup>59</sup>. A zatem, w kontekście traktowania konkurencji wewnątrzmarkowej na równi z konkurencją międzymarkową oraz wyraźnego stanowiska instytucji UE wobec wagi konkurencji cenowej, zmiana klasyfikacji RPM z praktyki ograniczającej konkurencję ze względu na cel (przedmiot) na praktykę ograniczającą konkurencję ze względu na skutek nie wydaje się możliwa ani też właściwa. Dodatkowo wskazuje się, że RPM może „służyć kreowaniu lub utrzymywaniu krajowych barier w handlu oraz podziałowi rynków krajowych, a w szczególności utrwalaniu różnic w zakresie cen pomiędzy państwami członkowskimi”<sup>60</sup>, a przez to zagrażać integracji rynku wewnętrznego. Uzasadnienia zmiany podejścia do RPM nie znajdziemy również

<sup>52</sup> J. Goyder, op. cit., s. 172-173.

<sup>53</sup> Zob. np. N. Kroes, *Consumer Welfare: More than a Slogan*, SPEECH/09/486.

<sup>54</sup> TS z 6 października 2009 r. w połączonych sprawach C-501/06P i n., *GSK*, Zb. Orz. 2009, s. I-09291, pkt 61-63, oraz wyrok TS z 16 września 2008 r., w połączonych sprawach od C-468/06 do C-478/06, *Sot. Lélou kai Sia EE v. GSK*, Zb. Orz. 2008, s. I-07139, pkt 65-66.

<sup>55</sup> Sprawa *T-Mobile*, pkt 38.

<sup>56</sup> A. Jones, op. cit., s. 940-941 i 943; L. Peepkorn, op. cit., s. 206-207.

<sup>57</sup> A. Nikpay, J. Faull, *Article 81*, w: J. Faull, A. Nikpay (red.), op. cit., s. 222.

<sup>58</sup> Wyrok TS z 25 października 1977 r. w sprawie 26/76, *Metro*, Zb. Orz. 1977, s. 1875, pkt 21; E. Gippini-Fournier, *Resale Price Maintenance...*, s. 4.

<sup>59</sup> Badania empiryczne przeprowadzone w USA potwierdziły, że w latach 1937-1975 w tych stanach, w których prawo zezwalało na stosowanie RPM, ceny towarów objętych RPM były o ok. 19-27% wyższe niż w tych stanach, w których stosowanie RPM w tym okresie było zakazane – cyt. za sędzią Sądu Najwyższego USA, S. G. Breyerem (zdanie odrębne) w sprawie *Leegin*.

<sup>60</sup> J. Goyder, op. cit., s. 177.

w fakcie występowania prokonkurencyjnych skutków tej praktyki. Istnieją bowiem zasadnicze rozbieżności co do tego, które skutki (pro- czy antykonkurencyjne) przeważają.

Co istotne, polityka konkurencji nie powinna się koncentrować jedynie na osiągnięciu swoich celów, lecz winna brać pod uwagę również koszty ich realizacji. Mimo że wykluczenie RPM z kategorii ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) skutkowałoby zmniejszeniem kosztów wynikających z wydawania decyzji błędnie stwierdzających stosowanie praktyki, to nieuchronnie prowadziłyby do zwiększenia kosztów regulacyjnych. Po pierwsze, zmiana podejścia powodowałaby zwiększenie kosztów monitorowania o charakterze szczególnym ze względu na konieczność zwiększenia zasobów, które byłyby wykorzystywane przez przedsiębiorców, Komisję oraz sądy w każdym postępowaniu. Przykładowo, Komisja byłaby zobligowana do prowadzenia szerokiej analizy, w tym ustalenia sytuacji, jaka istniałaby na rynku, gdyby przedmiotowe porozumienie nie zostało zawarte. Po drugie, analiza RPM oparta na skutkach zwiększyłaby koszty monitorowania o charakterze ogólnym oraz koszty przestrzegania reguł, które są ponoszone w oderwaniu od konkretnych postępowań. Koszty tego monitorowania uległyby zwiększeniu, ponieważ trudno byłoby Komisji wyselekcjonować RPM, które powinny być przedmiotem postępowań. Również koszty przestrzegania prawa przez przedsiębiorców zwiększyłyby się, gdyż analiza RPM oparta na skutkach wymusiłoby od nich konieczność diagnozowania kompleksowych sytuacji wymagających profesjonalnego doradztwa (prawnego i ekonomicznego)<sup>61</sup>. Po trzecie, wykluczenie RPM z kategorii ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) skutkowałoby zwiększeniem kosztów wynikających z niepewności co do prawa. Przedsiębiorcy nie posiadają bowiem możliwości przeprowadzenia szczegółowej analizy ekonomicznej każdego, bez wyjątku, zawieranego porozumienia. W konsekwencji istnieje zatem ryzyko, że przestaliby oni stosować RPM, nawet jeśli byłoby prokonkurencyjne<sup>62</sup>.

Zmiana podejścia do RPM byłaby pożądana, gdyby redukcja kosztów błędnych decyzji była większa niż wzrost kosztów regulacyjnych. Jednak dokładne zmierzenie zmian w tych kosztach jest raczej niemożliwe. Wielkość tych zmian zależy natomiast od rozkładu pozytywnych i negatywnych skutków RPM. A zatem bardziej kompleksowe podejście do RPM jest tym mniej pożądanym, im mniejszy jest udział przypadków, w których RPM jest korzystne<sup>63</sup>. W tym kontekście wydaje się, że teoretyczne argumenty o antykonkurencyjnych skutkach RPM są bardziej przekonujące niż teoretyczne argumenty o skutkach prokonkurencyjnych<sup>64</sup>. Przyjęcie podejścia do RPM opartego na każdorazowej analizie ich skutków niekoniecznie będzie wiązać się z na tyle istotnym zmniejszeniem kosztów wynikających z błędnych decyzji, aby stanowiło to wystarczającą przeciwwagę dla znacząco zwiększonych kosztów regulacyjnych. Konkludując, radykalna zmiana podejścia do RPM polegająca na odejściu od

<sup>61</sup> A. Christiansen, W. Kerber, op. cit., s. 232.

<sup>62</sup> M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, op. cit., s. 499.

<sup>63</sup> F. Van Doorn, *Resale [...]: The Need...*, s. 22.

<sup>64</sup> Idem, *Resale [...]. A Law...*, s. 93.

oceny tych praktyk poprzez ich cel (przedmiot) i „przeniesieniu” RPM z kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot) do kategorii ograniczeń ze względu na skutek, nie wydaje się obecnie pożądana.

## VII. POTRZEBA BARDZIEJ ZRÓŻNICOWANEJ ANALIZY RPM W RAMACH KATEGORII POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ ZE WZGLĘDU NA CEL (PRZEDMIOT) – POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Uznaje się, że pomiędzy wyżej wymienionymi dwoma kategoriami oceny porozumień występują pewne rozwiązania pośrednie, a przy konstruowaniu reguł konkurencji należy się oprzeć na dorobku nauki ekonomii<sup>65</sup>. Należy zatem rozważyć, jak takie optymalnie zróżnicowane reguły dotyczące RPM mogłyby być ukształtowane. Wydaje się, że mogłyby one sprowadzać się do bardziej zróżnicowanej analizy RPM w ramach ich domniemanej bezprawności (wynikającej z obecnego zakwalifikowania RPM jako ograniczeń konkurencji ze względu na cel [przedmiot]), jednakże bez utraty korzyści wynikających z takiego podejścia<sup>66</sup>.

Jak wskazano, zgodnie z art. 101 ust. 1 TfUE, klasyfikacja określonego typu porozumienia, jako ograniczenia ze względu na cel (przedmiot) rodzi wzruszalne domniemanie jego antykonkurencyjnych skutków. Wzruszalny charakter tego domniemania jest jednak podważany. Argumentuje się bowiem, że możliwość przedstawienia uzasadnienia braku antykonkurencyjnych skutków istnieje w ramach art. 101 ust. 3 TfUE (a nie w ramach art. 101 ust. 1 TfUE). Przepis art. 101 ust. 3 TfUE niekoniecznie jest jednak odpowiednim polem do ponownej oceny, czy porozumienie rzeczywiście ma antykonkurencyjne skutki<sup>67</sup>. Warto także podkreślić, że spoczywający na przedsiębiorcach ciężar dowodu wymaga wykazania przez nich spełnienia przesłanek z art. 101 ust. 3 TfUE, co już samo w sobie jest niezwykle trudne. Co więcej, wskazuje się, że jest mało prawdopodobne, aby ograniczenia ze względu na cel (przedmiot), będące najpoważniejszymi naruszeniami konkurencji, można było oceniać w świetle art. 101 ust. 3 TfUE<sup>68</sup>. Przykładowo, w sprawie dotyczącej RPM, w której udział dostawcy i dystrybutora w rynkach wynosi na przykład po 1%, udowodnienie spełnienia przesłanek wyłączenia z art. 101 ust. 3 TfUE może być trudne, natomiast wykazanie, że w takiej sytuacji nie ma prawdopodobnie żadnej szkody dla konkurencji, powinno być relatywnie proste. Bardziej

<sup>65</sup> A. Christiansen, W. Kerber, op. cit., s. 216; A. P. Reindl, op. cit., s. 574.

<sup>66</sup> M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, op. cit., s. 498.

<sup>67</sup> Wskazuje się, że: „artykuł 101 ust. 3 TfUE nie jest miejscem do ponownego rozważenia czy ograniczenie konkurencji występuje. Zamiast tego artykuł 101 ust. 3 TfUE przewiduje mechanizm rozważenia, czy ograniczenie konkurencji powinno być jednak tolerowane” (O. Odudu, *Restrictions...*, s. 17).

<sup>68</sup> Najpoważniejsze naruszenia konkurencji, do jakich zalicza się także RPM, nie podpadają również pod regułę *de minimis* – pkt 11.2a obwieszczenia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na podstawie art. 81 ust. 1 Traktatu, Dz. Urz. WE 2001, C 368/07.

zróznicowane podejście do RPM, pozwalające na uwzględnienie części dorobku nauki ekonomii oraz zachowanie pewności co do prawa, mogłoby więc polegać na pozostawieniu RPM w ramach kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot), przy równoczesnym zapewnieniu, że domniemanie ich antykonkurencyjnych skutków będzie w praktyce (a nie tylko w teorii) wzruszalne w ramach art. 101 ust. 1 TfUE. Takie podejście pozwoliłoby na zachowanie korzyści wynikających z zaklasyfikowania praktyki jako naruszenia ze względu na cel (przedmiot), przy jednoczesnym zmniejszeniu liczby decyzji uznających za sprzeczne z prawem takie RPM, które w rzeczywistości nie ograniczają konkurencji<sup>69</sup>.

Wskazuje się, że w celu ułatwienia wzruszania domniemania antykonkurencyjnych skutków RPM Komisja – chcąc stwierdzić naruszenie art. 101 ust. 1 TfUE – powinna przedstawiać „teorię szkody”<sup>70</sup>. Istnienie w konkretnej sprawie takiej teorii (koncepcji) szkody dla dobrobytu konsumentów nie musiałoby być udowodnione, lecz jedynie uprawdopodobnione, to znaczy teoria ta musiałaby być spójna z faktami, w tym z sytuacją rynkową, w jakiej RPM jest stosowane. Dodatkowo podkreśla się, że dla zachowania pewności co do prawa, wymagania w kwestii możliwości wzruszenia domniemania winny być raczej wysokie<sup>71</sup>. Takie podejście dawałoby przedsiębiorcy możliwość nie tylko przedstawienia uzasadnienia dla stosowania RPM i spełnienia przesłanek z art. 101 ust. 3 TfUE, ale również przedstawienia dowodów na wzruszenie domniemania z art. 101 ust. 1 TfUE w celu podważenia założeń organu dotyczących podejrzanego naruszenia art. 101 ust. 1 TfUE<sup>72</sup>. Proponuje się, aby możliwość wzruszenia tego domniemania – już na etapie badania spełnienia przez porozumienie w sprawie RPM przesłanek z art. 101 ust. 1 TfUE – została wskazana w wytycznych dotyczących ograniczeń wertykalnych<sup>73</sup>.

Pojawiają się opinie, że dobrym sposobem wprowadzenia pewnej elastyczności w podejściu do RPM w ramach kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot) byłoby określenie priorytetów w zakresie egzekwowania przestrzegania reguł konkurencji<sup>74</sup>. Organ, w obecnych ramach

<sup>69</sup> A. Fletcher, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 647-648.

<sup>70</sup> M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, op. cit., s. 510; A. P. Reindl, op. cit., s. 571; D. Neven, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 637. Teoria szkody (ang. *theory of harm*) to koncepcja przedstawiana w decyzji przez organ ochrony konkurencji stosujący bardziej ekonomiczne podejście, prezentująca, dlaczego i w jaki sposób konsumenci mogą być poszkodowani w wyniku kwestionowanej antykonkurencyjnej praktyki przedsiębiorców. Przedstawienie teorii szkody wymaga rozważenia charakteru występującej na rynku konkurencji oraz mechanizmów, poprzez które badana praktyka negatywnie wpływa, w konkretnej sprawie, na dobrobyt konsumentów – szerzej M. Walker, *Case Comment. The Importance of a Theory of Harm*, „European Competition Law Review” 31, 2010, nr 10, s. 410-412.

<sup>71</sup> Przykładowo, aby wzruszyć domniemanie, przedsiębiorstwo musiałoby wykazać, że „nie można oczekiwać, że określony przypadek RPM będzie miał szkodliwe skutki, czego dowodzi brak możliwości przedstawienia przez organ teorii szkody, która byłaby spójna ze znanymi okolicznościami sprawy”. Zarzut, iż „organ nie udowodnił, że określony przypadek RPM mógł mieć szkodliwe skutki”, nie byłby wystarczający – cyt. za: M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, op. cit., s. 510; A. P. Reindl, op. cit., s. 589.

<sup>72</sup> A. P. Reindl, op. cit., s. 589.

<sup>73</sup> A. Fletcher, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 647; J. Goyder, op. cit., s. 185.

<sup>74</sup> M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, op. cit., s. 510; A. Jones, op. cit., s. 962.

analizy, dysponowałby dyskrecją przy wyborze spraw dotyczących RPM, w których prowadziłby postępowanie. Priorytety te byłyby oparte na zestawie kryteriów pozwalających wykazać, czy w przypadku konkretnego RPM może istnieć przekonująca teoria (koncepcja) szkody dla dobrobytu konsumentów. Proponuje się zatem trzy kryteria: (1) istnienie na rynku wyższego szczebla indywidualnej siły rynkowej lub koncentracji ułatwiającej koordynację zachowań producentów; (2) istnienie na rynku niższego szczebla znaczącej siły nabywczej lub koncentracji ułatwiającej koordynację zachowań dystrybutorów (istnienie dowodu, że inicjatorem RPM byli dystrybutorzy, a nie producent, wzmacnia to kryterium, a więc zwiększa wiarygodność teorii szkody); (3) istnienie sytuacji, w której większa liczba producentów posiadających łącznie znaczny udział w rynku wyższego szczebla stosuje porozumienia dystrybucyjne zawierające RPM, przez co mamy do czynienia z siecią równoległych porozumień zawierających RPM. Przesłanki co najmniej jednego z wyżej wymienionych kryteriów musiałyby być spełnione, aby w danej sprawie występowała wiarygodna teoria (koncepcja) szkody dla dobrobytu konsumentów<sup>75</sup>.

Komisja jest uprawniona do zobowiązania się, iż przy ustalaniu istnienia ograniczenia konkurencji ze względu na cel (przedmiot) będzie wykazywać więcej, niż wymagają od niej przepisy prawa. Może ona zatem zobowiązać się – w ramach ustalonych przez siebie priorytetów działania – do wykazania, że określone okoliczności sprawy rzeczywiście wskazują na istnienie teorii (koncepcji) szkody dla dobrobytu konsumentów<sup>76</sup>. Takie rozwiązanie nie jest jednak przekonujące. Podkreśla się bowiem, że powstałaby sytuacja, w której Komisja nadal stosowałaby (korzystne dla siebie) domniemanie bezprawności RPM, mimo iż w swoich priorytetach działania przyznawałaby, że takie domniemanie nie jest uzasadnione w świetle dorobku ekonomii. Ponadto rozwiązanie to pozostawałoby w sprzeczności z wysiłkami UE mającymi na celu promowanie prywatnoprawnego egzekwowania naruszeń prawa konkurencji. Brak byłoby bowiem podstaw do stosowania priorytetów Komisji przez sądy rozpatrujące pozwy. Zatem sądy przy ocenie RPM stosowałyby reguły, które stosownie do priorytetów Komisji nie byłyby prawidłowe<sup>77</sup>. W konsekwencji określenie priorytetów w zakresie podejmowania spraw dotyczących RPM (mimo iż mogłoby stanowić krok w dobrym kierunku – wykorzystania instrumentów proceduralnych w celu osiągnięcia właściwych rezultatów materialnoprawnych) ze względu na zarysowane problemy skutkowałoby niespójnymi rozwiązaniami<sup>78</sup>.

Przedstawione powyżej kryteria mogłyby być natomiast wykorzystane do definiowania standardu prawnego dotyczącego RPM. Jeśli dane porozumienie

<sup>75</sup> M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, op. cit., s. 510. Roundtable on Resale Price Maintenance, OECD, DAF/COMP(2008)37, s. 212 (<http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/43835526.pdf>). Również A. P. Reindl, op. cit., s. 585.

<sup>76</sup> D. Neven, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 649; E. Gippini-Fournier, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 638.

<sup>77</sup> D. Neven, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 627; A. Jones, op. cit., s. 962.

<sup>78</sup> A. P. Reindl, op. cit., s. 590.

przeszłoby przez te kryteria (przesłanki ani jednego z kryteriów nie zostały spełnione), oznaczałoby to, że w tym konkretnym przypadku RPM nie występuje wiarygodna teoria (koncepcja) szkody dla dobrobytu konsumentów. Analizowany RPM byłby w takiej sytuacji wyjęty z kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot). Natomiast pozostałe przypadki porozumień w zakresie RPM pozostałyby – co do zasady – w ramach tej kategorii.

Ewentualna zmiana podejścia do RPM mogłaby sprowadzać się do modyfikacji listy „klausul czarnych” w wyłączeniu grupowym, tak aby zawęzić okoliczności, w których RPM nie korzysta z wyłączenia<sup>79</sup>. Rozróżnienie tych przypadków RPM, które ograniczają konkurencję ze względu na cel (przedmiot), czyli są wykluczone spod zakresu wyłączenia grupowego, oraz tych, które nie mieszczą się w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot), czyli nie są uznawane za najpoważniejsze naruszenia prawa konkurencji i korzystają z wyłączenia grupowego, mogłoby zostać oparte na wyżej wspomnianych kryteriach. Takie podejście (domniemana legalność pewnych przypadków RPM) nie byłoby jednak najbardziej optymalnym rozwiązaniem. Zamiast przyzwolenia na objęcie takich RPM wyłączeniem grupowym bardziej rozsądne wydaje się przeniesienie tych przypadków RPM, które „przejdą” przez kryteria (to jest takich RPM, przy których przesłanki ani jednego z kryteriów nie zostały spełnione, w konsekwencji występowanie teorii [koncepcji] szkody dla dobrobytu konsumentów jest mało prawdopodobne), do art. 5 rozporządzenia<sup>80</sup> w sprawie wyłączenia grupowego<sup>81</sup>. Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają jednak, że dla oceny RPM nie ma znaczenia, czy jest ono umieszczone w art. 4, czy art. 5 rozporządzenia<sup>82</sup>. Inni z kolei twierdzą, że przeniesienie przypadków RPM, które przejdą przez kryteria, do art. 5 rozporządzenia miałyby jednak istotne znaczenie<sup>83</sup>. Stanowiłoby to wyraźny sygnał, że tego rodzaju RPM nie powinno być zbyt pochopnie uznane za sprzeczne z prawem oraz że w stosunku do tego typu RPM powinna być przeprowadzona pełna analiza. W większości przypadków tego rodzaju RPM nie będą bowiem wywoływały antykonkurencyjnych skutków. Co istotne, takie podejście nie będzie skutkowało wyłączeniem przypadków RPM, które przejdą przez kryteria, spod oceny prawa konkurencji<sup>84</sup>. Ponadto proponowana zmiana

<sup>79</sup> J. Goyder, op. cit., s. 185. A. Jones, op. cit., s. 961, proponuje, aby „pomiąć w liście najcięższych naruszeń konkurencji RPM, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo spełnia drugi, niższy próg udziału w rynku”. Taki niższy próg musiałby zostać określony i wprowadzony.

<sup>80</sup> Wskazane w art. 5 „wykluczone ograniczenia” („klausule szare”) nie podlegają wyłączeniu grupowemu. Niemniej jednak, inaczej niż w przypadku najpoważniejszych ograniczeń („klausul czarnych”), umieszczenie w porozumieniu „klausuli szarej” nie skutkuje brakiem wyłączenia grupowego całego porozumienia, a jedynie brakiem wyłączenia tej klauzuli. Klauzula ta wymaga zatem indywidualnej oceny. W takim przypadku, w przeciwieństwie do „klausul czarnych”, nie ma także negatywnego domniemania, że „klausula szara” nie spełni przesłanek indywidualnego wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE – M. Filippini, L. Peeperkorn, D. Woods, *Vertical Agreements*, w: J. Faull, A. Nikpay (red.), op. cit., s. 1181.

<sup>81</sup> A. P. Reindl, op. cit., s. 591, proponuje, aby przenieść wszystkie przypadki RPM do art. 5 rozporządzenia.

<sup>82</sup> E. Gippini-Fournier, *Resale Price Maintenance...*, s. 23-24.

<sup>83</sup> A. Fletcher, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 652.

<sup>84</sup> A. P. Reindl, op. cit., s. 591.

pozostawiłaby większość przypadków RPM w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot). Korzyści związane z traktowaniem RPM w ramach tej kategorii byłyby zatem zachowane<sup>85</sup>, przy jednoczesnym zapewnieniu spójności takiego podejścia z analizą art. 101 TfUE opartą na koncepcjach ekonomicznych.

## VIII. POSTULATY *DE LEGE LATA* W ZAKRESIE PODEJŚCIA DO RPM

Nowe wyłączenie wertykalne oraz towarzyszące mu wytyczne wertykalne (obowiązujące od 1 czerwca 2010 r.) sprawiają, że obecne podejście do RPM nie uwzględnia przedstawionych powyżej postulatów. Konieczne jest zatem rozważenie możliwości bardziej odpowiedniego podejścia do RPM w ramach obowiązującego prawa.

Nowy reżim prawny zachowuje wcześniej obowiązujące ramy analizy RPM, wprowadzając jedynie niewielkie zmiany, które raczej nie będą miały praktycznego skutku. A zatem RPM nadal będzie postrzegane jako *de facto* zakazane *per se*, chyba że pojawi się nowa linia orzecznicza Komisji, obejmująca dogłębną ocenę zwiększenia obiektywnych korzyści gospodarczych płynących z RPM i przyjmująca realistyczne wymagania odnośnie do dowodów świadczących o zwiększeniu tych obiektywnych korzyści gospodarczych, które to dowody zobowiązani są przedstawić przedsiębiorcy<sup>86</sup>. Przepis art. 10 rozporządzenia nr 1/2003<sup>87</sup> oraz jego motyw 14 przewidują kompetencję Komisji do wydania (z własnej inicjatywy, jeżeli wymaga tego interes publiczny UE) decyzji stwierdzającej, że art. 101 TfUE nie znajduje zastosowania do określonego porozumienia z powodu niespełnienia przesłanek z art. 101 ust. 1 TfUE lub ze względu na spełnienie przesłanek z art. 101 ust. 3 TfUE. Tego rodzaju decyzja, której wydawanie jest zarezerwowane dla przypadków, gdy konieczne jest wyjaśnienie prawa i zapewnienie jego spójnego stosowania w ramach UE, mogłaby zostać wykorzystana przez Komisję do promowania prokonkurencyjnych przypadków RPM. Dzięki temu Komisja mogłaby wyraźnie pokazać, że jest prawdziwie otwarta na zaakceptowanie w konkretnych przypadkach wywołującego prokonkurencyjne skutki RPM oraz szczegółowo wyjaśnić sposób analizy prezentowanych przez przedsiębiorców argumentów dotyczących zwiększenia efektywności.

Komisja, aby stwierdzić naruszenie art. 101 ust. 1 TfUE, musi między innymi wykazać, że porozumienie wywiera odczuwalny wpływ na konkurencję<sup>88</sup>. Wymóg wykazania odczuwalnego wpływu na konkurencję stanowi

<sup>85</sup> M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, op. cit., s. 511; D. Neven, głos w dyskusji na temat: *Vertical Restraints, RPM and...*, s. 627.

<sup>86</sup> A. P. Reindl, op. cit., s. 580-581; N. Verras, *Resale Price Maintenance in E.U. Competition Law: Thoughts in Relation to the Vertical Restraints Review Procedure*, „The Columbia Journal of European Law Online” 16, 2009, s. 39-40.

<sup>87</sup> Rozporządzenie Rady nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu WE, Dz. Urz. UE 2003, L 1/1.

<sup>88</sup> Wyrok TS z 9 lipca 1969 r. w sprawie 5/69, *Völk v. Vervaecke*, Zb. Orz. 1969, s. 295.



zatem kolejną możliwość złagodzenia podejścia do RPM<sup>89</sup>. Mimo że obwieszczenie *de minimis*<sup>90</sup> wyklucza ze swojego zakresu porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot), niemniej uważa się, iż jeżeli udział w rynku stron takiego porozumienia jest niewielki, to potencjalny wpływ na konkurencję nie może być odczuwalny<sup>91</sup>. Koncepcja odczuwalnego wpływu pozwala więc argumentować, że RPM, którego strony mają nieznaczny udział w rynku, mimo iż stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel (przedmiot), nie podlega jednak zakazowi z art. 101 ust. 1 TfUE<sup>92</sup>.

*mgr Agata Zawłocka-Turno*  
*azawlocka@yahoo.com*

*mgr Bartosz Turno*  
*bartoszturno@gmail.com*

#### FIXED OR MINIMUM RESALE PRICE MAINTENANCE AS AN 'OBJECT' RESTRICTION OF COMPETITION UNDER THE EU LAW

##### Summary

The paper shows that despite the general recognition that fixed or minimum Resale Price Maintenance (RPM) may have both negative and positive effects, it should continue to be considered an 'object' restriction of competition. The main arguments for such a conclusion relate to the specifics of the EU system, namely: its objectives that run broader than merely consumer welfare; a belief that competition policy should protect both intra- and inter-brand competition; and the importance attached to price competition. The above is further supported by the fact that although the science of economics should inspire the drafting of competition rules, it should not be slavishly followed as law must be an administrable system. Moreover, the presented error-cost approach shows that owing to high regulation costs not outweighed by diminished error costs, it is not recommended to conduct a case-by-case analysis in every RPM case. However, at the same time, a more nuanced analysis could be introduced to put the RPM treatment more in line with economic thinking, albeit without losing the benefits of a rather strict approach.

---

<sup>89</sup> J. Goyder, op. cit., s. 184.

<sup>90</sup> Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na podstawie art. 81 ust. 1 Traktatu, Dz. Urz. WE 2001, C 368/07.

<sup>91</sup> A. Jones, op. cit., s. 958; F. Dethmers, P. Posthuma de Boer, op. cit., s. 426.

<sup>92</sup> F. Van Doorn, *Resale [...] The Need...*, s. 23; C. Esteva Mosso, wystąpienie na King's College London, 13 kwietnia 2010 r. pt. *Policy and Strategy at DG Competition*. W sprawie *Secon* [CBB 7 December 2005, AWB 04/237 and 04/249 (Secon/NMa), *LJN* AU8309], niderlandzki Sąd Apelacyjny uznał, że mimo iż sprawa dotyczyła RPM, zakaz porozumień ma zastosowanie tylko wtedy, gdy ma ono odczuwalny wpływ na rynek – R. Jansen *RPM – An Issue for the European Agenda?*, [http://www.bwb-conference.at/files/pdf/speech\\_jansen.pdf](http://www.bwb-conference.at/files/pdf/speech_jansen.pdf).

