

Klauzule największego uprzywilejowania w najnowszym ujęciu doktrynalnym i orzecznictwie antymonopolowym

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Rodzaje klauzul MFN
- III. Prokonkurencyjne skutki klauzul MFN
- IV. Teorie szkody związane z MFN
- V. Analiza konkurencyjnoprawna klauzul MFN
- VI. Orzecznictwo

Streszczenie

Klauzule największego uprzywilejowania stały się ostatnio obiektem zainteresowania organów ochrony konkurencji pomimo częstego ich stosowania w handlu międzynarodowym czy w umowach między przedsiębiorcami i panującego powszechnie poglądu, że mają one głównie prokonkurencyjne skutki. Klauzule MFN pozwalają na uzyskanie przez odbiorców korzystnych warunków handlowych, umożliwiają eliminację ryzyka wiążącego się z wprowadzaniem na rynek nowych produktów, czy też pozwalają na minimalizowanie kosztów transakcyjnych. Organy antymonopolowe wskazują jednak coraz częściej również na antykonkurencyjne aspekty tych klauzul, takie jak: łagodzenie konkurencji na rynku, utrudnianie wejścia na rynek nowych graczy, czy ułatwianie koordynacji działań rynkowych między konkurentami. Potwierdzeniem tych zarzutów są orzeczenia w takich sprawach, jak HRS, E-books, czy zmiany legislacyjne w USA wynikające ze sprawy Blue Cross Blue Shield Michigan.

Słowa kluczowe: klauzula największego uprzywilejowania; MFN; rodzaje klauzul MFN; prokonkurencyjne skutki; teorie szkody; ograniczenie konkurencji

I. Wprowadzenie

Klauzule najwyższego uprzywilejowania (*most-favored nation clauses*, *MFN clauses*) w swojej podstawowej formie stanowią umowną gwarancję ze strony jednego podmiotu, że warunki proponowane przez ten podmiot drugiej stronie umowy nie są gorsze niż najkorzystniejsze warunki proponowane przez ten podmiot komukolwiek innemu na rynku¹. Przez wieki klauzule takie

* Radca prawny współpracujący z kancelarią Salans FMC SNR Denton Oleszczuk sp. k. z siedzibą w Warszawie, członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie, członek zarządu Stowarzyszenia Prawa Konkurencji, e-mail: pawel.wanasz@dentons.com.

¹ B. Toth, *How Parallel Most-Favored Nation Clauses in the television industry exclude competitors and stifle innovation*, „The Columbia Science & Technology Law Review” 2013, Vol. XV, s. 198.

wykorzystywane były głównie w międzynarodowych traktatach handlowych zawieranych między państwami – stąd ich stosowana do dzisiaj anglojęzyczna nazwa odwołująca się do pojęcia *nation*, czyli państwa. Ich celem było zapewnienie niedyskryminujących warunków handlowych umawiającym się państwom². Klauzule takie stosowane są w handlu międzynarodowym do dzisiaj³. Znane są również pod takimi nazwami, jak klauzule najbardziej uprzywilejowanego klienta (*most favored customer clauses*), klauzule rozważnego kupującego (*prudent buyer clauses*), klauzule najlepszej ceny (*best price clauses*) czy klauzule niedyskryminacyjne (*nondiscrimination clauses*)⁴. W dalszej części niniejszego artykułu klauzule te będą nazywane klauzulami najwyższego uprzywilejowania lub klauzulami MFN.

Obecnie klauzule MFN coraz częściej pojawiają się również w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami. Możliwe do zaobserwowania w ostatnim okresie upowszechnienie klauzul najwyższego uprzywilejowania w relacjach biznesowych wynika głównie ze skuteczności tego rodzaju klauzul w zapewnianiu niedyskryminujących warunków handlowych przy ich relatywnie prostej konstrukcji⁵. Dzięki klauzulom MFN odbiorca produktów zapewnia sobie utrzymanie najniższej ceny nabywanych produktów dostępnej u danego dostawcy lub nawet na całym rynku. Z pozoru wydaje się zatem, że klauzule najwyższego uprzywilejowania, ustanawiając mechanizm ułatwiający kupującemu walkę z dyskryminacją, powinny być postrzegane jako porozumienia o prokonkurencyjnym charakterze⁶. Tymczasem organy ochrony konkurencji coraz dokładniej przyglądają się tym klauzulom i, oprócz ich prokonkurencyjnych aspektów, dostrzegają ostatnio coraz więcej ich potencjalnie antykonkurencyjnych skutków.

W niniejszym artykule przyjrę się rodzajom klauzul MFN stosowanym obecnie szeroko w umowach handlowych, ich charakterystycznym cechom, które wpływają pozytywnie na stan konkurencji na rynku, ale również potencjalnym antykonkurencyjnym efektem ich stosowania i teoriom szkody powstałym na ich gruncie. Zaprezentuję również podstawowy model konkurencyjnoprawnej oceny klauzul MFN. Na końcu artykułu przedstawię kilka postępowań antymonopolowych dotyczących klauzul MFN, które zostały niedawno zakończone.

II. Rodzaje klauzul MFN

W literaturze wskazuje się na różne możliwe podziały klauzul najwyższego uprzywilejowania. Płaszczyznami podziału klauzul MFN, które zostały dotychczas zidentyfikowane, są m.in. (i) relacja, w której klauzula MFN jest zastrzeżona; (ii) zdarzenie wywołujące zastosowanie klauzuli i jego źródło; (iii) wzajemność klauzuli lub jej brak; (iv) czas, w jakim działa klauzula i (v) poziom zapewnianych klauzulą warunków. Cechy charakterystyczne każdej z ww. grup klauzul MFN powodują, że klauzule te są postrzegane jako bardziej lub mniej niebezpieczne z perspektywy ochrony prawa konkurencji. Kryteria podziału klauzul MFN zostaną kolejno omówione poniżej.

² G.C. Fisher, *The "Most Favored Nation" Clause in GATT: A Need for Reevaluation?*, „Stanford Law Review” 1966, No. 19, s. 841–851; zob. również: J.M. Burns, J.R. Pope, *Ohio Legislative Commission Recommends that Most Favored Nation Clauses be Prohibited in All Health Care Contracts*, March 2010. Pobrano z: http://www.taglaw.com/index.php?option=com_content&id=1525:ohio-legislative-commission-recommends-that-most-favored-nation-clauses-be-prohibited-in-all-health-care-contracts&Itemid=100074.

³ Np. w Porozumieniu w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS*) z 1994 roku stanowiącym załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO).

⁴ K.A. Ball, Ch.S. Wright, *Most Favored Nations Clauses Reexamined in Light of DOJ Challenge in Michigan*, „American Healthcare Lawyers Association” 2011, February s. 1.

⁵ B. Toth, *How Parallel...*, s. 197.

⁶ W przeszłości klauzule MFN zostały wykorzystane przez Komisję Europejską jako część pakietu zobowiązań, m.in. w sprawie Rambus z 2009 roku czy sprawie British Airways/American Airlines/Iberia z 2010 roku.

Relacja, w której klauzula jest zastrzeżona

W odniesieniu do kryterium relacji, w której klauzula MFN jest zastrzeżona, możemy wyróżnić przede wszystkim klauzule zastrzegane w dwustronnych lub wielostronnych stosunkach umownych, z których mogą skorzystać jedynie strony takiej umowy, i klauzule stanowiące element jednostronnej polityki oferowanej przez dany podmiot względem całego rynku, z których mogą korzystać wszyscy jego potencjalni klienci⁷. Te pierwsze mają ograniczony efekt, gdyż skutkują obniżeniem ceny (lub polepszeniem innych warunków handlowych) jedynie względem ograniczonej liczby podmiotów związanej z dostawcą konkretnym stosunkiem umownym. Oznacza to, że inni odbiorcy nieposiadający umów zawartych z dostawcą oferującym klauzulę najwyższego uprzywilejowania mogą faktycznie uzyskiwać od tego dostawcy mniej korzystne warunki niż strony zawartych przez tego dostawcę umów. Klauzule takie nie chronią zatem całego rynku przed dyskryminacją ze strony dostawcy. Klauzule MFN zastrzeżone w jednostronnej polityce dostawcy mają natomiast znacznie szerszy charakter, gdyż *de facto* gwarantują wszystkim potencjalnym odbiorcom uzyskanie najlepszych możliwych warunków handlowych, w praktyce całkowicie eliminując ryzyko dyskryminacji.

Innym podziałem mieszczącym się w kryterium relacji, w której klauzula MFN jest zastrzeżona, jest podział na klauzule zastrzegane przez dostawców na rzecz bezpośrednich odbiorców ich produktów i usług (klauzule MFN w ujęciu klasycznym) i klauzule zastrzegane przez dostawców na rzecz platform handlowych pośredniczących w sprzedaży ich produktów i usług (tzw. detaliczne MFN – *retail-MFN*, rozpowszechnione ostatnio w związku z intensywnym rozwojem *e-commerce* i platform pośredniczących w sprzedaży, takich jak porównywarki cenowe lub portale oferujące noclegi hotelowe czy bilety lotnicze)⁸. W przypadku tych ostatnich dostawca zobowiązuje się, że na danej platformie sprzedaży będzie oferował swoje produkty lub usługi na najlepszych możliwych warunkach. Cechą charakterystyczną stosunków, w których zastrzega się tego rodzaju klauzule jest okoliczność, że to dostawca, a nie właściciel platformy sprzedaży ustala cenę, po której na tej platformie oferowane są jego produkty i usługi. W rezultacie podmiot płacący cenę za produkt lub usługę nie jest stroną umowy ustanawiającej detaliczną klauzulę MFN. Wskazuje się, że szczególne rozpowszechnienie klauzul detalicznych w handlu internetowym wynika z tego, że platformy internetowe mają zazwyczaj znaczącą siłę negocjacyjną wobec dostawców, pozwalającą im na narzucenie takich klauzul w relacjach umownych, a elektroniczne środowisko sprzedaży pozwala na znacznie łatwiejsze monitorowanie przestrzegania takich klauzul (np. w internecie)⁹. Detaliczne klauzule MFN stały się niedawno obiektem szczególnej analizy ze strony organów antymonopolowych, co skutkowało wydaniem przez nie kilku orzeczeń dotyczących takich właśnie klauzul¹⁰.

Zdarzenie wywołujące zastosowanie klauzuli i jego źródło

Drugą z wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie płaszczyzn podziału klauzul MFN jest kryterium zdarzenia, które powoduje, że klauzula znajduje zastosowanie, prowadząc do faktycznego obniżenia ceny (lub zmiany na korzyść innych warunków handlowych) dla odbiorcy będącego

⁷ B. Toth, *How Parallel...*, s. 198.

⁸ A. Fletcher, M. Hviid, *Retail Price MFNs: Are they RPM 'at its worst'?*, CCP Working Paper 14–5, 2014, ESCR Centre for Competition Policy University of East England, s. 6 i n.

⁹ *Ibidem*, s. 8.

¹⁰ Zob. m.in. sprawy HRS i E-books opisane w części VI niniejszego artykułu.

beneficjentem klauzuli. Na tym tle można wyróżnić klauzule, których działanie uruchamia się na skutek zaferowania lepszych warunków handlowych na rynku przez podmiot gwarantujący najwyższe uprzywilejowanie (znane jako klauzule MFN dwustronne – *two-party MFN*)¹¹. W przypadku takich klauzul cena oferowana przez dostawcę klientowi zależy od cen stosowanych przez tego samego dostawcę względem jego innych klientów lub tego samego klienta w przeszłości. Tego rodzaju klauzule określane są w literaturze również jako tzw. hurtowe MFN (*wholesale MFN*)¹².

Występują jednak na rynku również klauzule, których działanie gwarancyjne wywoływane jest przez zaistnienie na rynku jakiegokolwiek lepszej oferty na dany produkt lub usługę, nawet składanej przez podmioty trzecie (znane jako klauzule MFN trójstronne – *three-party MFN*)¹³. Najbardziej charakterystycznym przykładem takiej klauzuli jest tzw. klauzula angielska (*English clause* lub tzw. *meeting competition clause*), na mocy której cena oferowana przez dostawcę dla danego odbiorcy będącego beneficjentem klauzuli zależy od najlepszej ceny oferowanej za tożsamy produkt na rynku przez jego konkurentów¹⁴.

Ponadto w przypadku omówionych powyżej detalicznych klauzul MFN stosowanych w relacjach z platformami handlowymi możemy na tle omawianego kryterium wyróżnić dwa ich podtypy. Pierwszym z nich są tzw. wąskie klauzule MFN (*narrow MFN*), w świetle których dostawca umieszczający produkty lub usługi na platformie sprzedaży zobowiązuje się do stosowania na tej platformie ceny nie gorszej niż cena oferowana w kanale sprzedaży bezpośredniej (na jego własnej stronie internetowej)¹⁵. Drugim podtypem są zaś tzw. szerokie klauzule MFN (*wide MFN*), które zobowiązują dostawcę do stosowania na danej platformie ceny sprzedaży nie wyższej niż we wszelkich innych kanałach sprzedaży – włączając w to zarówno własną stronę internetową, jak i konkurencyjne platformy handlowe¹⁶. O ile te pierwsze nie budzą większych zastrzeżeń na gruncie prawa konkurencji, o tyle względem drugich organy antymonopolowe coraz silniej wyrażają swoje zastrzeżenia¹⁷.

Wzajemność klauzuli

Kolejnym możliwym podziałem klauzul najwyższego uprzywilejowania jest podział na klauzule MFN wzajemne i niewzajemne. Klauzule wzajemne zawierane są pomiędzy podmiotami, które mogą względem siebie występować zarówno w relacji dostawcy, jak i odbiorcy. Bardzo często występują one zatem w wielostronnych, międzynarodowych umowach handlowych. W przypadku takich umów, często zawieranych pomiędzy licznymi podmiotami, dzięki wzajemności zobowiązań występującej pomiędzy wszystkimi stronami umowy są one w pełni chronione przed dyskryminacyjnymi warunkami handlowymi¹⁸.

¹¹ J.A. Chevalier, *Efficiencies from MFNs: Economic Theories*, prezentacja, 10 September 2012, slajd 3. Pobrano z: <http://www.justice.gov/atr/public/workshops/mfn/presentations/286767.pdf>.

¹² N. Greenwood, J. Hulsmann, A. Mordaunt, E. Morony, A. Nourry, G. Olsen, L. Tolaini, *Linking Prices: Risky Relationships?*, Clifford Chance – Briefing Note, 2012, s. 1. Pobrano z: http://www.cliffordchance.com/briefings/2012/10/linking_prices_riskyrelationships.html.

¹³ J.A. Chevalier, *Efficiencies...*

¹⁴ N. Greenwood, J. Hulsmann, A. Mordaunt, E. Morony, A. Nourry, G. Olsen, L. Tolaini, *Linking...*

¹⁵ *Private motor insurance market investigation. Provisional decision on remedies*, UK Competition & Markets Authority, 12 June 2014, pkt 4.1; P. Chappatte, M. Rosswick, *Online platforms – who can set the price and are most favoured nation clauses compatible with competition rules?*, Slaughter&May, January 2014.

¹⁶ *Private motor insurance market investigation...*, pkt 4.1.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 4.3 i n.

¹⁸ B. Toth, *How Parallel...*, s. 198 i n.

Typowe klauzule MFN zawierane w umowach pomiędzy dostawcami i odbiorcami mają jednak zazwyczaj charakter klauzul niewzajemnych. W ich ramach obowiązek ewentualnego obniżenia ceny lub zaoferowania korzystniejszych warunków spoczywa jedynie na dostawcy, a więc na podmiocie decydującym o cenie lub warunkach sprzedaży. Jedynym beneficjentem klauzuli niewzajemnej jest natomiast kupujący. Typowe klauzule niewzajemne nie przynoszą bezpośrednich korzyści dostawcy¹⁹ i z tej przyczyny zazwyczaj zgoda na ich zamieszczenie w umowie jest wynikiem ustępstw ze strony dostawcy zmierzających do uzyskania korzyści w relacjach z odbiorcą na innej płaszczyźnie niż cena²⁰.

Niewzajemne klauzule MFN zawierane w umowach dwustronnych chronią przed dyskryminacją jedynie stronę umowy będącą beneficjentem klauzuli. Pozostali przedsiębiorcy działający na rynku stawiani są w rezultacie w podwójnie niekorzystnej sytuacji – nie są objęci taką ochroną, jak beneficjent klauzuli, a dodatkowo trudniej jest im negocjować z dostawcą własne warunki. Wywalczenie obniżki ceny u dostawcy będzie bowiem znacznie trudniejsze z uwagi na fakt, że obniżona cena będzie musiała być automatycznie zaproponowana każdemu beneficjentowi klauzuli MFN, którą dostawca taki jest związany.

Czas działania klauzuli

Oprócz powyższych podziałów w doktrynie wyróżnia się także podział na tzw. retroaktywne klauzule MFN (*retroactive MFN*) i klauzule MFN gwarantujące odbiorcy najlepsze warunki jedynie w chwili zawierania umowy (tzw. chwilowe klauzule MFN – *contemporaneous MFN*). W przypadku tych pierwszych beneficjentowi klauzuli zagwarantowane zostaje uzyskanie najkorzystniejszych warunków, jakie inni odbiorcy kiedykolwiek uzyskają w przyszłości. Odbiorca jest zatem chroniony przez cały okres trwania kontraktu, w którym zastrzeżono klauzulę najwyższego uprzywilejowania²¹. W przypadku klauzul chwilowych natomiast beneficjent klauzuli otrzymuje jedynie zapewnienie, że uzyskuje najlepsze możliwe warunki na dzień zawierania umowy. Klauzule takie nie obejmują obowiązku dalszego obniżenia ceny dla beneficjenta lub zmiany jego warunków umownych na korzystniejsze w przypadku, gdy dostawca zaoferuje w przyszłości lepsze warunki handlowe dla innych odbiorców działających na rynku. Oddziaływanie tego rodzaju klauzul na konkurencję jest zatem znacznie mniej odczuwalne.

Poziom zapewnianych klauzulą warunków

Ostatnim z podziałów klauzul najwyższego uprzywilejowania, który opiszę, jest podział na klauzule MFN zapewniające równe warunki z najlepszymi oferowanymi przez dostawcę (lub innych dostawców) na rynku (*MFN-equal*) i klauzule gwarantujące beneficjentowi lepsze warunki od takich najlepszych warunków (*MFN-plus*)²². Klauzule *MFN-equal* stanowią większość klauzul najwyższego uprzywilejowania funkcjonujących w obrocie. Zmierzają one jedynie do wyrównania warunków handlowych oferowanych beneficjentowi klauzuli z najlepszymi warunkami dostępnymi na rynku. Powszechność tych klauzul wynika z faktu, że pojedynczy dostawca może podjąć

¹⁹ D. Besanko, T.P. Lyon, *Equilibrium Incentives for Most-Favored Customer Clauses in an Oligopolistic Industry*, „International Journal of Industrial Organization” 1993, No. 11, s. 347.

²⁰ J. Kattan, S.A. Stempel, *Antitrust Enforcement and Most Favored Nation Clauses*, „Antitrust” 1996, Vol. 20, s. 20–24.

²¹ B. Toth, *How Parallel...*, s. 198 i n.

²² S. Smith, *When Most-Favored Is Disfavored: A Counselor's Guide to MFNs*, „Antitrust” 2013, Vol. 27, No. 2. Pobrano z: <http://media.mofo.com/files/Uploads/Images/130402-A-Counselor-Guide-to-MFN.pdf>.

zobowiązanie w nich zawarte względem wielu odbiorców. W przypadku klauzul MFN-*plus* zobowiązanie do zagwarantowania lepszych warunków może być w praktyce podjęte przez danego dostawcę tylko względem jednego jego odbiorcy. W przeciwnym przypadku zastosowanie kilku klauzul MFN-*plus* mogłoby wiązać się z wywołaniem samonapędzającej się pętli oferowania kilku beneficjentom coraz to korzystniejszych warunków handlowych aż do poziomu poniżej progu opłacalności sprzedaży²³. Zarówno klauzule MFN-*equal*, jak i klauzule MFN-*plus* uznawane już były w orzecznictwie za klauzule o antykonkurencyjnym charakterze²⁴.

III. Prokonkurencyjne skutki klauzul MFN

W doktrynie i orzecznictwie wypracowanych zostało wiele teorii wskazujących na prokonkurencyjne skutki klauzul najwyższego uprzywilejowania. Skutki takie w większości przypadków przesądzają o korzystnym lub co najmniej neutralnym charakterze tego rodzaju klauzul z perspektywy prawa ochrony konkurencji. W rezultacie, jeżeli nie występują szczególne okoliczności omawiane przeze mnie szczegółowo w pkt V poniżej niniejszego artykułu, należy przyjąć, że klauzule MFN nie wiążą się ze swą istotą z ryzykiem ograniczenia konkurencji rynkowej. Powoduje to, że klauzule takie powinny być oceniane nie tyle w kontekście ewentualnych praktyk antykonkurencyjnych zakazanych *per se*, co raczej w ramach oceny indywidualnej, przy uwzględnieniu ich całościowego kontekstu i ważenia ich pro- i antykonkurencyjnych skutków.

W orzecznictwie amerykańskich sądów ukształtował się generalny pogląd, że klauzule najwyższego uprzywilejowania stanowią jeden ze środków, który nabywcy mogą wykorzystywać w celu uzyskania od dostawców najbardziej korzystnych warunków handlowych, w tym cen²⁵. Klauzule najwyższego uprzywilejowania pozwalają nabywcom z jednej strony na ograniczenie kosztów związanych z poszukiwaniem najtańszej lub najkorzystniejszej oferty na rynku, z drugiej zaś – umożliwiają im także automatyczne skorzystanie z lepszych ofert wynegocjowanych przez ich konkurentów²⁶. Co więcej, na rynkach, na których brak jest przejrzystości cen lub nabywcy mają niedoskonałą wiedzę na temat chęci dostawców do obniżania cen, klauzule MFN mogą być wykorzystywane do walki z dyskryminacją odbiorców²⁷. Lepsze warunki uzyskane przez nabywców produktów i usług mogą prowadzić do zapewnienia korzystniejszych warunków dla ich własnych odbiorców, a w rezultacie do uzyskania korzyści ekonomicznych także przez konsumentów i użytkowników końcowych²⁸. Zdaniem sędziego okręgowego sądu apelacyjnego w Chicago Richarda Posnera orzekającego w sprawie *Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin, Inc. v. MarshfieldClinic*, klauzule MFN stanowią w rezultacie „sposób postępowania, który prawo antymonopolowe powinno zachęcać”²⁹.

²³ K.A. Ball, Ch.S. Wright, *Most Favored Nations Clauses Reexamined in Light of DOJ Challenge in Michigan*, „American Healthcare Lawyers Association” 2011, February, s. 8–9.

²⁴ Patrz m.in. opisywana w części VI poniżej sprawa *United States of America and the State of Michigan v. Blue Cross and Blue Shield United of Michigan*, 2:10-cv-15155-DPH-MKM, E.D. Mich (2011).

²⁵ K.A. Ball, Ch.S. Wright, *Most Favored Nations...*, s. 5.

²⁶ J.T. McKeown, *United States: Most Favored Nation (“MFN”) Pricing Draws Scrutiny As Potential Anticompetitive Practice*, Foley & Lardner, 7 May 2013. Pobrano z: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/237384/Antitrust+Competition/Most+Favored+Nation+MFN+Pricing+Draws+Scrutiny+As+Potential+Anticompetitive+Practice>.

²⁷ S. Smith, *When Most-Favored Is Disfavored...*, s. 13.

²⁸ J.T. McKeown, *United States...*

²⁹ B. Toth, *How Parallel...*, s. 200.

Drugi prokonkurencyjny aspekt klauzul najwyższego uprzywilejowania wiąże się z faktem, że klauzule takie pozwalają stronom umowy na wyeliminowanie ryzyka wiążącego się z wprowadzaniem nowych produktów na rynek³⁰. W odniesieniu do nowych, nieprzetestowanych dotychczas produktów zarówno producentowi/dostawcy, jak i pośrednikowi trudno jest zazwyczaj jednoznacznie ocenić, jaka cena odpowiada ekwilibrium pomiędzy popytem a podażą. W rezultacie ceny nowych produktów często są zawyżane przez producentów lub dostawców, którzy nie chcą ryzykować wstępnego ich ustalenia na zbyt niskim poziomie. Zdarzają się zatem sytuacje, w których po ostatecznym ustaleniu się znacznie niższej ceny rynkowej niż cena wstępnie szacowana przez dostawcę dystrybutorzy pozostają z zapasem towarów, które mogliby odsprzedać jedynie ze stratą. Klauzule MFN pozwalają takim dystrybutorom na korektę zapłaconej przez nich ceny zakupu, a tym samym na uniknięcie strat³¹. Te same wnioski można odnieść również do produktów obecnych od pewnego czasu na rynku, których ceny rynkowe spadają jednak na tyle szybko, że pośrednicy, nie posiadając możliwości korekty ceny zakupu dzięki klauzuli MFN, ponosiliby regularne straty na odsprzedaży³². Podobnie również w kontekście licencjonowania technologii klauzule MFN są w stanie zapewnić pierwszym licencjobiorcom, że nie będą płacili więcej za uzyskanie licencji niż późniejsi licencjobiorcy³³.

Co więcej, klauzule najwyższego uprzywilejowania pozwalają stronom umów handlowych na minimalizowanie kosztów transakcyjnych wiążących się z negocjowaniem zmian do tych umów³⁴. W szybko zmieniającym się otoczeniu rynkowym powtarzające się negocjacje zmierzające do dostosowania warunków handlowych do bieżących okoliczności i cen przeważających na rynku mogą składać się łącznie na znaczną część kosztów ponoszonych przez strony umowy. Koszty te mogą istotnie wpływać na rentowność sprzedaży, a w konsekwencji także na poziom oferowanych przez sprzedawców cen. Klauzule MFN, wprowadzając automatyczny mechanizm kompensacyjny, zmniejszają konieczność interakcji stron, a tym samym ponoszone przez nie koszty transakcyjne. Umożliwiają one także przedsiębiorcom oparcie współpracy na umowach długoterminowych, zapewniając im większą stabilność relacji handlowych³⁵. Co więcej, w przypadku negocjacji prowadzonych między wieloma stronami (np. na tle sporu wynikłego z umowy wielostronnej), klauzule MFN zawarte w kontrakcie pozwalają mniejszym przedsiębiorcom na automatyczne skorzystanie z kompromisu wynegocjowanego przez ważniejsze strony kontraktu, upraszczając tym samym proces dochodzenia do ugody³⁶. Nie bez powodu zatem klauzule MFN nazywane są też czasami „ubezpieczeniem dla słabych negocjatorów”³⁷.

Jeszcze inną korzyścią dla konkurencji wynikającą z klauzul najwyższego uprzywilejowania jest możliwość zapobieżenia wykorzystywaniu przez dostawcę inwestycji poczynionych przez jednego z jego odbiorców (np. w promowanie produktu), czyli tzw. *free-riding-owi*³⁸. Nabywca

³⁰ S. Cernak, T. Chaiken, *Most Favored Nation Clauses*, PLC Antitrust, 2013, s. 1.

³¹ F. Short, H. Kim, *The Antitrust Agencies' Latest Favorite Target: MFN Clauses*, 14 September 2012. Pobrano z: <http://www.mintz.com/newsletter/2012/Advisories/2245-0912-NAT-AFR/index.html>.

³² Ibidem.

³³ J.T. McKeown, *United States...*

³⁴ B. Toth, *How Parallel...*, s. 200–201.

³⁵ S. Adams, *Negotiating a Commercial "Most Favored Nation" Clause*, „Brigham Young University International Law and Management Review” 2005, August.

³⁶ C.E. Reynolds II, *The Most Favored Nation Clause: The Ultimate Double Edged Sword*, „Defense Counsel Journal” 2007, Vol. 74, No. 1, January, s. 80.

³⁷ D. O'Connor, *When MFN Clauses Go Bad*, July 2012. Pobrano z: <http://www.project-disco.org/competition/when-mfn-clauses-go-bad/>.

³⁸ B. Toth, *How Parallel...*, s. 199 i n.

może nie chceć dokonać niezbędnej inwestycji, jeżeli przewiduje, że w jej następstwie dostawca będzie mógł zaferować swoje produkty innym odbiorcom w bardziej konkurencyjnej cenie³⁹. Dzięki zastrzeżeniu na swoją korzyść klauzuli MFN odbiorca taki może jednak zagwarantować sobie, że oferowane mu warunki będą co najmniej tak samo dobre (lub nawet lepsze) niż warunki przedstawiane innym nabywcom w przyszłości⁴⁰. Dzięki temu odbiorca może być bardziej skłonny ponieść nakłady na inwestycję w oferowany przez dostawcę produkt.

IV. Teorie szkody związane z MFN

Pomimo szerokiego konsensusu co do istnienia wielu prokonkurencyjnych aspektów klauzul najwyższego uprzywilejowania wymienionych powyżej, w ostatnim okresie organy antymonopolowe wielu państw i Komisja Europejska zaczęły dostrzegać, że klauzule takie mogą jednak okazać się również zagrożeniem dla konkurencji. Poniżej przedstawię pokrótce najważniejsze teorie szkody, które sformułowane zostały w ostatnich latach w orzecznictwie i doktrynie w odniesieniu do klauzul MFN. Opiszę również szczególne okoliczności, w których teorie te mogą znaleźć zastosowanie i prowadzić do stwierdzenia naruszenia prawa konkurencji przez strony umów zawierających klauzule MFN.

Podstawowym i najprostszym do sformułowania zarzutem przeciwko klauzulom najwyższego uprzywilejowania jest zarzut łagodzenia konkurencji na rynku (*softening competition*)⁴¹. Zmniejszenie bodźców dostawcy związanego klauzulami MFN do obniżania cen swoich produktów wynika wprost z ekonomicznej kalkulacji korzyści i strat takiej obniżki⁴². Dostawca, chcąc obniżyć cenę swojego produktu względem jednego lub kilku odbiorców, musi bowiem obliczyć czy krok taki będzie dla niego opłacalny wobec konieczności równoległego obniżenia cen także dla wszystkich beneficjentów klauzul MFN, którymi dostawca taki jest związany⁴³. Obniżenie ceny (a więc zwiększenie konkurencyjności cenowej produktu) będzie opłacalne jedynie wtedy, gdy potencjalne zyski wynikające ze zwiększenia sprzedaży na skutek niższej ceny przeważą nad potencjalnymi stratami wynikającymi z zastosowania obniżonych cen względem wszystkich beneficjentów klauzuli najwyższego uprzywilejowania. Im więcej odbiorców danego dostawcy (w szczególności odbiorców dużych, generujących istotną część całości popytu na rynku⁴⁴) korzysta z takich klauzul, tym mniej opłacalna może okazać się obniżka ceny⁴⁵. Następstwem szerokiego rozpowszechnienia klauzul MFN w danej branży może być zatem ograniczenie konkurencji międzymarkowej między różnymi dostawcami unikającymi obniżania cen lub udzielania rabatów swoim odbiorcom⁴⁶. Niektórzy autorzy wskazują, że szeroko rozpowszechnione klauzule MFN mogą w istocie odnosić ekonomiczne skutki na rynku tożsame z ustalaniem cen odsprzedaży (*resale price maintenance, RPM*)⁴⁷.

³⁹ S. Smith, *When Most-Favored Is Disfavored...*, s. 13.

⁴⁰ S. Cernak, T. Chaiken, *Most Favored...*, s. 1.

⁴¹ A. Boik, K.S. Corts, *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*, University of Toronto, June 2013; N. Greenwood, J. Hulsmann, A. Mordaunt, E. Morony, A. Nourry, G. Olsen, L. Tolaini, *Linking...*, s. 1.

⁴² J.T. McKeown, *United States...*

⁴³ B. Toth, *How Parallel...*, s. 203 i n.

⁴⁴ H. Ullman, *The Risks (and Benefits) of Most Favored Nations Clauses*, 29 May 2013. Pobrany z: <http://www.mydistributionlaw.com/2013/05/the-risks-and-benefits-of-most-favored-nations-clauses/>.

⁴⁵ T.E. Cooper, *Most-Favored Customer Pricing and Tacit Collusion*, „RAND Journal of Economics” 1986, Vol. 17, s. 377–388.

⁴⁶ J. Coombs, *The Most Favoured Customer Clause: An Economic Perspective*, „Concurrences Journal” 2013, July.

⁴⁷ A. Fletcher, M. Hviid, *Retail Price MFNs...*, s. 16 i n.

Mechanizm łagodzenia konkurencji poprzez klauzule MFN można zobrazować w następujący sposób. Załóżmy, że przykładowy dostawca ma dziesięciu odbiorców, spośród których dwóch jest beneficjentami klauzul MFN w relacjach z tym dostawcą. Załóżmy też, że dotychczas każdy z odbiorców skłonny był nabywać miesięcznie 100 sztuk produktu dostawcy za cenę jednostkową 50 zł. Jeżeli odbiorca A, niebędący beneficjentem klauzuli MFN, zadeklarowałby, że nabędzie 150 sztuk produktu, jeżeli dostawca obniży mu cenę do 40 zł, to w przypadku braku klauzul MFN zysk dostawcy na takiej zmianie wyniósłby 1000 zł ($150 \times 40 \text{ zł} - 100 \times 50 \text{ zł}$). Jeżeli jednak dostawca musiałby obniżyć cenę do 40 zł również dla kolejnych dwóch odbiorców B i C będących beneficjentami klauzul MFN, obniżka ceny nie byłaby już opłacalna, gdyż wiązałaby się dla niego ze stratą 1000 zł. Zysk w wysokości 1000 zł wygenerowany w relacjach z odbiorcą A zostałby w całości pochłonięty przez straty wygenerowane na wymuszonej obniżce ceny dla odbiorców B i C (zamiast dotychczasowych 10000 zł dostawca zarobiłby na sprzedaży do tych odbiorców jedynie 8000 zł, a więc o 2000 zł mniej). Oczywistym jest zatem, że dostawca na skutek istnienia dwóch klauzul MFN z odbiorcami B i C nie obniży ceny dla odbiorcy A.

W przypadku wspomnianych wyżej klauzul MFN trójstronnych, takich jak klauzula angielska, sama świadomość u dostawców, że każda zaproponowana przez nich obniżka cen będzie automatycznie wyrównana przez ich konkurentów na skutek działania tych klauzul, powoduje, że dostawcy ci tracą bodźce do intensywnego konkurencji ceną. Klauzule MFN mogą być zatem wykorzystywane przez dostawców do sygnalizowania konkurentom, że nie zamierzają intensywnie konkurować ceną na rynku⁴⁸. Co więcej, odbiorcy, którzy mają zagwarantowane najniższe ceny dzięki klauzulom MFN, nie są zazwyczaj zainteresowani poszukiwaniem lepszych alternatyw na rynku, przez co dalej osłabiają konkurencję pomiędzy dostawcami⁴⁹.

Na skutek zmniejszenia bodźców dostawców do obniżania cen, klauzule najwyższego uprzywilejowania mogą pośrednio utrudniać wejście na rynek nowym graczom działającym na niższym szczeblu obrotu⁵⁰. Tacy nowi gracze będą mieli istotną trudność w zapewnieniu sobie dostaw materiałów niezbędnych do prowadzenia ich własnej działalności, gdyż każda wynegocjowana przez nich obniżka cen u dostawców będzie automatycznie udzielana także ich zasiedziałym konkurentom⁵¹. Klauzule MFN mogą zatem w istotnym stopniu utrudniać uzyskanie przez nowych graczy przewagi cenowej na swoje produkty i usługi, gdyż zwiększają ich faktyczne koszty wejścia na rynek⁵². Ma to szczególnie istotne znaczenie dla firm, których biznesowy model konkurencji na rynku opiera się w głównej mierze na obniżaniu kosztów prowadzonej działalności, a nie konkurencji jakością⁵³. Mało prawdopodobne jest natomiast, że przedsiębiorcy tacy będą mieli na tyle silną pozycję negocjacyjną, aby mogli sami wynegocjować u dostawców klauzule MFN chroniące ich przed obniżkami cen materiałów udzielanymi dla ich konkurentów.

Kolejną konkurencyjnoprawną teorią szkody związaną z klauzulami najwyższego uprzywilejowania jest teoria, zgodnie z którą klauzule takie mogą ułatwiać koordynację działań rynkowych

⁴⁸ S. Cernak, T. Chaiken, *Most Favored...*, s. 2.

⁴⁹ R. Iley, *Recent regulatory focus on price parity agreements*, Kemp Little, 28 October 2013. Pobrano z: www.kemplittle.com/site/articles/kl_bytes/recent_regulatory_focus_on_price_parity_agreements/.

⁵⁰ K. Petersen, R. Madej, *Competition regulators attack pricing clauses in distribution agreements*, 18 March 2014. Pobrano z: <http://www.eu-competitionlaw.com/lowest-price-guaranteed-best-price-clauses-come-under-fire/>.

⁵¹ S. Cernak, T. Chaiken, *Most Favored...*, s. 2.

⁵² A. Boik, K. S. Corts, *The Effects...*, s. 11 i n.; S. Moritz, *A competition lawyer's schematic for considering most favoured nation clauses*, 9 September 2013. Pobrano z: www.minterellison.com/a-competition-lawyers-schematic-for-considering-most-favoured-nation-clausesCR201309/.

⁵³ B. Toth, *How Parallel...*, s. 210; D. O'Connor, *When MFN Clauses...*; A. Fletcher, M. Hviid, *Retail Price MFNs...*, s. 13.

między konkurentami⁵⁴. Efektywne wdrożenie klauzuli MFN wymaga bowiem zwiększenia ilości danych wymienianych między uczestnikami rynku⁵⁵. W szczególności obniżenie ceny na produkty objęte ochroną klauzuli MFN będzie możliwe tylko wtedy, gdy odbiorca będący beneficjentem tej klauzuli będzie w stanie monitorować ceny oferowane przez dostawcę dla innych odbiorców⁵⁶. W rezultacie odbiorca może chcieć zagwarantować sobie, np. w drodze kontraktowej, aby dostawca na bieżąco informował go o zaoferowaniu niższej ceny jego konkurentowi⁵⁷. Tego rodzaju działanie, w szczególności jeżeli jest szeroko rozpowszechnione na rynku⁵⁸, może istotnie zwiększyć jego przejrzystość cenową, ułatwiając tym samym skoordynowanie polityki cenowej przez różnych odbiorców. W rezultacie klauzule MFN, przy ich szerokim zastosowaniu w danej branży, mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji wewnątrzmarkowej na szczeblu detalicznym.

Co więcej, ekonomiczna teoria antykonkurencyjnych zμών zakłada, że skuteczne funkcjonowanie kartelu uzależnione jest w znacznej mierze od możliwości stworzenia mechanizmów, które pozwalają na wykrycie działań uczestników zmony wyłamujących się z poczynionych uzgodnień lub skoordynowanych działań. Członkowie kartelu, chcąc zmaksymalizować swoje zyski, mają bowiem naturalną skłonność do oszukiwania pozostałych uczestników zmony⁵⁹. Sprzedają oni swoje produkty po uzgodnionych, zawyżonych cenach do większości odbiorców, ale jednocześnie oferują sekretne rabaty niektórym odbiorcom, przejmując tym samym niezauważenie klientów innych kartelistów. Klauzule najwyższego uprzywilejowania mogą zostać wykorzystane przez członków kartelu do łatwiejszego wykrywania takich sekretnych rabatów⁶⁰. Szerokie zastosowanie klauzul MFN powoduje bowiem, że większa ilość produktu będzie musiała być sprzedawana na rynku po obniżonej cenie, co ułatwi wykrycie naruszenia uzgodnień cenowych w ramach kartelu⁶¹. Następstwem zastosowania klauzul najwyższego uprzywilejowania przez kartelistów jest zatem zmniejszenie ich skłonności do odstępstw od cen ustalonych w ramach zmony⁶².

Poprzez zaoferowanie swoim odbiorcom klauzul najwyższego uprzywilejowania przedsiębiorca o silnej pozycji rynkowej może także zapobiec negatywnym dla siebie skutkom wynikającym z tzw. hipotezy Coase'a⁶³. Zgodnie z tą hipotezą monopolista na danym rynku może zostać zmuszony przez odbiorców do sprzedawania swoich produktów (będących dobrami trwałymi) po cenach niższych niż wynikające z pełnego wykorzystania przez niego pozycji monopolistycznej. Wynika to z faktu, że monopolista taki, chcąc zmaksymalizować swój zysk, ma skłonność do obniżania ceny tych produktów do poziomu akceptowalnego dla odbiorców niemogących pozwolić sobie na uiszczenie ceny monopolistycznej. Jeżeli odbiorcy mają świadomość takiego działania monopolisty, będą powstrzymywali się od zakupu po zawyżonej cenie, czekając na obniżenie tej ceny przez monopolistę⁶⁴. W ten sposób monopolista będzie zmuszony do konkurowania

⁵⁴ S. Moritz, *A competition lawyer's ...*

⁵⁵ S. Smith, *When Most-Favored Is Disfavored...*, s. 12.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ S. Cernak, T. Chaiken, *Most Favored...*, s. 2.

⁵⁸ D. McCann, *Most Favoured Customer Clauses: Good, Bad or Indifferent?*, 25 October 2013. Pobrano z: <http://www.carson-mcdowell.com/news-and-events/insights/most-favoured-customer-clauses-good-bad-or-indifferent/>.

⁵⁹ J.T. McKeown, *United States...*

⁶⁰ S. Smith, *When Most-Favored Is Disfavored...*, s. 12.

⁶¹ S. Cernak, T. Chaiken, *Most Favored...*, s. 2.

⁶² T.E. Cooper, *Most-Favored Customer...*; J.T. McKeown, *United States...*

⁶³ R.H. Coase, *Durability and Monopoly*, „Journal of Law and Economics” 1972, Vol. 15, No. 1, April, s. 143–149.

⁶⁴ J.I. Bulow, *Durable-Goods Monopolist*, „The Journal of Political Economy” 1982, Vol. 90, No. 2, April, s. 314–332.

sam ze sobą w czasie, co nie pozwoli mu w pełni wykorzystać jego monopolistycznej pozycji. Wykorzystując klauzule MFN, monopolista może związać sobie ręce i dać rynkowi wyraźny sygnał, że nie zamierza obniżać cen w przyszłości (gdyż traciłby wtedy istotną część swoich zysków na obniżki dla wszystkich beneficjentów klauzul MFN), przez co oczekiwanie przez odbiorców na zakup po niższej cenie jest bezcelowe⁶⁵. Klauzule najwyższego uprzywilejowania dają zatem przedsiębiorcom o silnej pozycji rynkowej możliwość utrzymania wyższych cen, a w rezultacie także wyższych zysków, kosztem swoich odbiorców.

V. Analiza konkurencyjnoprawna klauzul MFN

W doktrynie podkreśla się, że aby klauzule najwyższego uprzywilejowania mogły odnieść antykonkurencyjne skutki na rynku, konieczne jest zaistnienie kilku warunków⁶⁶. Przede wszystkim wskazuje się, że klauzule MFN zastrzegane na nieskoncentrowanych lub niskoskoncentrowanych rynkach niosą ze sobą znacznie niższe ryzyko antymonopolowe niż podobne klauzule stosowane na rynkach skoncentrowanych⁶⁷. Dla zaistnienia antykonkurencyjnych skutków wymagane jest bowiem, aby dostawcy lub odbiorcy posiadali na rynku pewien zakres siły rynkowej – czy to samodzielnie, czy też kolektywnie – przy czym w doktrynie przyjmuje się, podobnie jak w przypadku ograniczeń wertykalnych, próg 30% jako podstawowy wskaźnik istotnej siły rynkowej⁶⁸.

Pierwszym działaniem, które przedsiębiorca chcący zastrzec w swojej relacji umownej klauzulę MFN powinien podjąć, by zbadać poziom potencjalnego ryzyka wiążącego się z taką klauzulą, jest zatem wyznaczenie rynków właściwych, na których działa ten przedsiębiorca i jego kontrahent. Rynkami właściwymi, które powinny podlegać badaniu, są wskazane w art. 3 rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych i w pkt. 23 Wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych, a także w § 8 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję: (i) rynek, na którym dostawca sprzedaje towary lub usługi objęte porozumieniem i (ii) rynek, na którym odbiorca kupuje towary lub usługi objęte porozumieniem. Jeżeli udział rynkowy dostawcy i odbiorcy nie przekracza 30% na żadnym z tak wyznaczonych rynków właściwych (lub czasowo przekracza ten próg na warunkach określonych w art. 7 rozporządzenia nr 330/2010 i § 9 polskiego rozporządzenia), klauzula MFN będzie objęta automatycznym wyłączeniem spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W takim przypadku jej stosowanie nie powinno zatem wiązać się z istotnym ryzykiem antymonopolowym.

W przypadku przekroczenia progu 30% udziału w rynku właściwym przez dostawcę lub odbiorcę klauzula MFN będzie musiała zostać indywidualnie oceniona przy uwzględnieniu całokształtu warunków konkurencji, w których działają dostawca i odbiorca. Firmy, które posiadają udział w rynku

⁶⁵ F. Short, H. Kim, *The Antitrust Agencies' Latest Favorite Target: MFN Clauses*, 14 September 2012 r. Pobrano z: <http://www.mintz.com/newsletter/2012/Advisories/2245-0912-NAT-AFR/index.html>.

⁶⁶ Zakładam w tym miejscu, że organy ochrony konkurencji w praktyce nie przyjmą marginalnego stanowiska reprezentowanego przez niektórych przedstawicieli doktryny (patrz przypis 47 powyżej), że klauzule MFN powinny być traktowane w sposób tożsamy z klauzulami narzucania cen odsprzedawcy, a tym samym powinny być zakazane *per se*. Jak wyjaśniam powyżej, klauzule MFN wykazują bowiem wiele istotnych prokonkurencyjnych cech i ich ocena powinna zatem każdorazowo przebiegać w oparciu o całościową analizę potencjalnych korzyści i strat, które mogą przynieść dla konkurencji na rynku.

⁶⁷ K. Petersen, R. Madej, *Competition regulators attack...*

⁶⁸ S. Smith, *When Most-Favored Is Disfavored...*, s. 11.

przekraczający 30%, mogą bowiem nie dysponować istotną siłą rynkową – stwierdzenie tego faktu wymaga jednak zazwyczaj dodatkowych analiz rynkowych. Analizy takie powinny w szczególności uwzględniać ocenę czynników wymienionych w pkt. 111 i n. Wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych, tj. m.in. rynkowej pozycji stron porozumienia, ich kontrahentów i nabywców produktów objętych porozumieniem w kontekście ewentualnej przewagi konkurencyjnej ocenianej poza ramami samej wielkości udziałów rynkowych (np. przy uwzględnieniu faktu bycia pierwszym graczem na rynku, posiadania doskonalszych technologii lub najlepszej gamy produktów), barier wejścia na rynek, jego dojrzałości, szczebla obrotu handlowego, którego dotyczy porozumienie czy charakteru produktu objętego klauzulą MFN. Im większą siłą rynkową będzie dysponował dostawca lub odbiorca, tym większe będzie ryzyko, że zastrzeżona w ich relacjach klauzula MFN będzie mogła zostać uznana za antykonkurencyjną.

W doktrynie podkreśla się jednak, że nawet jeżeli dostawca lub odbiorca dysponuje znaczną siłą rynkową, należy zbadać, jak znaczna część rynku zakupu lub sprzedaży pokryta jest podobnymi klauzulami MFN⁶⁹. Jedynie szeroko rozpowszechnione klauzule są bowiem w stanie skutkować ujednoczeniem warunków handlowych na rynku. Przykładowo w przypadku, gdyby posiadający znaczny udział rynkowy nabywca podpisał umowę obejmującą klauzulę MFN tylko z jednym dostawcą, taka klauzula MFN mogłaby nie mieć odczuwalnego wpływu na rynek, jeżeli dostawca reprezentowałby relatywnie niewielką część podaży danego produktu na rynku⁷⁰. Konieczna jest zatem ocena, czy i na ile w danej branży rozpowszechnione jest stosowanie klauzul najwyższego uprzywilejowania. Ocena taka może jednak niejednokrotnie być trudna do samodzielnego przeprowadzenia przez przedsiębiorców działających na rynku. Pewnym wsparciem przy takiej ocenie może być fakt, czy klauzula MFN stanowi element wzorca umownego stosowanego przez przedsiębiorców na rynku i czy kontrahent danego przedsiębiorcy jest już związany podobnymi klauzulami w relacjach z innymi przedsiębiorcami. Przy braku szerokiego rozpowszechnienia klauzul MFN na rynku incydentalne zastrzeżenie takiej klauzuli w indywidualnej relacji umownej pomiędzy dwoma graczami rynkowymi nie powinno wiązać się z istotnym ryzykiem antymonopolowym, w szczególności przy relatywnie niskich udziałach rynkowych stron porozumienia.

Ostatnim i najważniejszym krokiem w konkurencyjnoprawnej analizie klauzuli MFN jest ocena, na ile dana klauzula, przy uwzględnieniu otoczenia rynkowego, w którym ma być stosowana, będzie w stanie w ogóle wyrzucić jakiegokolwiek antykonkurencyjne skutki na rynku (nawet przy jej szerokim rozpowszechnieniu i znacznej sile rynkowej posiadanej przez strony kontraktu, w którym jest zastrzeżona). Należy zatem ocenić, uwzględniając indywidualne okoliczności sprawy, czy klauzula MFN może potencjalnie doprowadzić do złagodzenia konkurencji cenowej na rynku, utrudnić nowym graczom wejście na rynek, doprowadzić do koordynacji działań między konkurującymi ze sobą przedsiębiorcami lub do innych antykonkurencyjnych sytuacji opisanych w pkt. V powyżej. Potencjalne negatywne skutki klauzuli MFN należy jednak każdorazowo przeciwstawić możliwym prokonkurencyjnym skutkom takiej klauzuli opisanym w pkt. IV powyżej i zdecydować, które z tych skutków będą przeważające. Pewne typy klauzul, takie jak np. klauzule MFN-plus, szerokie klauzule detaliczne MFN lub retroaktywne klauzule MFN ze swej istoty niosą przy tym za sobą wyższe ryzyko uznania ich za niedozwolone.

⁶⁹ H. Ullman, *The Risks (and Benefits)...*

⁷⁰ M. Samuelson, N. Piankov, B. Ellman, *Assessing the Effects of Most-Favored Nation Clauses*, ABA Section of Antitrust Law, Spring Meeting 2012, s. 6.

Należy pamiętać, że stanowisko organów ochrony konkurencji względem klauzul najwyższego uprzywilejowania pozostaje nadal na etapie ciągłej ewolucji i z całą pewnością nie może zostać obecnie uznane za w pełni wykrystalizowane. W rezultacie nie można wykluczyć, że z biegiem czasu będzie ulegało ono dalszym zmianom i może ostatecznie ukształtować się w sposób całkowicie odmienny od dotychczasowego. Stanowiska organów ochrony konkurencji poszczególnych państw mogą przy tym różnić się istotnie od siebie, a test kontroli sądowej orzeczeń tych organów może doprowadzić do jeszcze dalej idącego zróżnicowania tych stanowisk. Ewidentnie można jednak stwierdzić, że – przynajmniej w kręgu państw członkowskich Unii Europejskiej – czasy, w których klauzule MFN były traktowane jako zjawisko neutralne z punktu widzenia prawa konkurencji, bezpowrotnie już minęły.

Działy prawne przedsiębiorców zainteresowanych stosowaniem takich klauzul, w szczególności zaś działających w branżach, w których klauzule te znajdują coraz szersze uznanie, takich jak pośrednictwo handlowe w internecie czy porównywarki cenowe działające online, powinny zatem na bieżąco śledzić rozwój orzecznictwa unijnego (a być może w najbliższym czasie też krajowego) dotyczącego takich klauzul. Obecnie, wobec mnogości poglądów doktrynalnych na temat prawnej dopuszczalności klauzul MFN i nadal szczątkowego orzecznictwa w tym zakresie, wydaje się, że zarządzanie ryzykiem związanym z takimi klauzulami powinno rozpocząć się od wyważenia potencjalnych pro- i antykonkurencyjnych efektów takich klauzul w indywidualnym przypadku danego przedsiębiorcy i ostrożnego podejścia do stosowania tych klauzul w przypadku stwierdzenia potencjalnego ryzyka zarzutów antymonopolowych. Jeżeli natomiast doszłoby do wydania orzeczenia (czy to przez któryś z organów antymonopolowych czy sądów), które w sposób kategoriyczny odbiegałoby od dotychczasowych poglądów wskazanych w orzecznictwie, należałoby rozważyć wprowadzenie ewentualnych zmian w już zawartych umowach, np. poprzez usunięcie lub zmodyfikowanie co najmniej części zawartych w nich klauzul MFN.

VI. Orzecznictwo

Do chwili przygotowania niniejszego artykułu nie została wydana przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ani jedna decyzja, której przedmiotem byłyby klauzule najwyższego uprzywilejowania. Jednakże, w ostatnim okresie zostało wydanych kilka interesujących orzeczeń zagranicznych (w tym wydanych przez Komisję Europejską na gruncie prawa unijnego) dotyczących klauzul najwyższego uprzywilejowania. Opiszę poniżej trzy najciekawsze sprawy, w których organy antymonopolowe wypowiedziały się przeciwko możliwości stosowania takich klauzul przez przedsiębiorców. Pierwsza z omawianych spraw dotyczyła detalicznej klauzuli MFN zastrzeganej przez platformę internetową HRS z dostawcami usług hotelowych. Druga sprawa dotyczyła natomiast detalicznej klauzuli MFN zastrzeżonej w relacjach pomiędzy Apple i wydawcami e-booków. Obie detaliczne klauzule MFN miały charakter klauzul tzw. szerokich, a więc obligujących dostawców do stosowania na danej platformie ceny sprzedaży nie wyższej niż we wszelkich innych kanałach sprzedaży. Trzecia sprawa dotyczyła natomiast klauzuli MFN zastrzeganej przez jeden z zakładów ubezpieczeniowych działających w stanie Michigan, USA, a dotyczącej warunków, na jakich szpitale świadczyły usługi opieki zdrowotnej finansowane przez konkurencyjnych ubezpieczycieli. Sprawa ta jest o tyle ciekawa, że spowodowała szeroko zakrojone działania legislacyjne zakazujące klauzul MFN w stanie Michigan.

Sprawa HRS

W dniu 20 grudnia 2013 r. niemiecki organ antymonopolowy Bundeskartellamt wydał decyzję w sprawie B 9 – 66/10. Sprawa ta dotyczyła umów zawartych pomiędzy platformą internetową HRS i hotelami. Umowy te zawierały klauzule zapewniające, że cena za wynajem pokoju hotelowego, którą hotele oferują poprzez HRS, nigdy nie będzie wyższa od ceny, którą hotele oferują poprzez inne kanały dystrybucji internetowej (szeroka klauzula detaliczna MFN). Ponadto hotele gwarantowały traktować HRS nie mniej korzystnie niż inne kanały dystrybucji online w odniesieniu do dostępności pokoi i innych warunków ich wynajmu. W 2012 roku HRS wprowadził nowe klauzule umowne, które zwiększały prowizję płaconą HRS przez hotele i rozszerzały zakres klauzuli MFN na ceny i inne warunki oferowane przez hotele za pośrednictwem innych kanałów dystrybucji, m.in. nieinternetowych.

Bundeskartellamt zabronił HRS dalszego stosowania klauzuli MFN i nakazał spółce usunąć ją z jej umów i ogólnych warunków umów do dnia 1 marca 2014 r. w zakresie, w którym klauzula ta dotyczyła hoteli w Niemczech. Bundeskartellamt zwrócił uwagę, że klauzule MFN stosowane przez HRS były sprzeczne z § 1 niemieckiej ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji (GWB) i art. 101(1) Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, ponieważ ograniczały swobodę hoteli partnerskich HRS do ustalania swoich cen i warunków swobodnie za pośrednictwem wszystkich kanałów dystrybucji. Klauzule te ograniczały konkurencję pomiędzy portalami oferującymi usługi hotelowe, ponieważ inne portale niż HRS pozbawione zostały motywacji ekonomicznej do oferowania niższych prowizji dla hoteli współpracujących z HRS w celu zachęcenia tych hoteli do oferowania swoich usług na korzystniejszych warunkach. W rezultacie Bundeskartellamt uznał, że klauzule te miały taki sam efekt, jak bezpośrednia zmowa pomiędzy portalami hotelowymi w zakresie wspólnej ceny minimalnej za usługi brokerskie realizowane dla hoteli. Klauzule pozwalały HRS na zwiększanie prowizji, którą ten portal obciążał hotele, bez obawy, że taki wzrost będzie przeniesiony na klientów hoteli na skutek stosowania przez hotele wyższych cen sprzedaży na platformie HRS niż na platformach konkurencyjnych.

Antykonkurencyjny skutek klauzul MFN wdrożonych przez HRS był zintensyfikowany przez fakt, że konkurenci HRS również stosowali podobne klauzule. Bundeskartellamt dopatrywał się zatem nasilenia antykonkurencyjnego charakteru klauzul najwyższego uprzywilejowania na skutek istnienia kumulatywnego efektu wielu równoległych sieci porozumień opartych na tego rodzaju klauzulach. Klauzule MFN nie mogły skorzystać z wyłączenia grupowego dotyczącego porozumień wertykalnych z uwagi na fakt, że udział HRS w rynku usług brokerskich świadczonych przez portale hotelowe w Niemczech przekraczał 30%.

Ponadto Bundeskartellamt uznał, że HRS nadużywał swojej pozycji rynkowej wobec hoteli małej i średniej wielkości poprzez ograniczanie ich swobody w wyborze kanałów dystrybucji⁷¹.

Sprawa E-books

W marcu 2011 roku Komisja Europejska przeprowadziła niezapowiedzianą kontrolę w siedzibach kilku przedsiębiorców działających w sektorze wydawniczym e-booków. W następstwie prowadzonego postępowania Komisja Europejska stwierdziła na podstawie zgromadzonych dowodów, że Apple Inc. i pięć wydawców zawarły tajne porozumienie cenowe mające na celu

⁷¹ Zob. decyzja Bundeskartellamt w sprawie B 9 – 66/10.

podniesienie cen detalicznych e-booków powyżej cen oferowanych przez Amazon. Aby osiągnąć powyższy cel, przedsiębiorcy ci planowali wspólnie przejść ze sprzedaży e-booków w modelu hurtowym (w którym wysokość cen detalicznych określa sprzedawca detaliczny) stosowanym dotychczas na rynku, w tym przez Amazon, na sprzedaż w modelu agencyjnym (w którym wysokość cen detalicznych określa wydawca)⁷². Przejście miało mieć wymiar globalny i funkcjonować w oparciu o takie same podstawowe warunki ustalania cen – najpierw tylko w kontaktach z Apple, a potem także z Amazon i innymi sprzedawcami detalicznymi, którzy mieli zostać zmuszeni do przejścia na ten model na skutek uzgodnionych między Apple a wydawcami klauzul MFN.

W swojej wstępnej ocenie Komisja przyjęła stanowisko, że – aby takie wspólne przejście było możliwe – każdy z pięciu wydawców ujawniał pozostałym wydawcom i Apple, a także otrzymywał od tych wydawców i Apple informacje odnośnie do przyszłych ich zamiarów dotyczących: (i) zawarcia umowy agencyjnej z Apple w USA i (ii) podstawowych warunków, na jakich każdy z wydawców zawarłby taką umowę, w tym klauzuli MFN dotyczącej ceny detalicznej, maksymalnych przedziałów cen detalicznych i wysokości prowizji, jaka miałyby być opłacana na rzecz Apple. Zgodnie z klauzulą MFN dotyczącą ceny detalicznej każdy z wydawców miał obowiązek dostosować do cen oferowanych w internetowej księgarni Apple swoje niższe ceny e-booków oferowane dla tych samych tytułów u innych internetowych sprzedawców detalicznych.

Komisja przyjęła wstępne stanowisko, że skutki finansowe klauzuli MFN dotyczące ceny detalicznej były dla wydawców takie, że klauzula ta funkcjonowała jako wspólne „narzędzie zobowiązania”. Każdy z pięciu wydawców miał możliwość wywarcia na Amazon nacisku w celu zaakceptowania przejścia na model agencyjny, gdyż w przeciwnym razie Amazon ryzykowałby utratę dostępu do e-booków oferowanych przez każdego z tych pięciu wydawców. Amazon nie mógłby bowiem zaryzykować jednoczesnej utraty dostępu choćby do części katalogu e-książek każdego z pięciu wydawców.

Wydawcy i Apple przedstawili zobowiązania mające na celu rozwianie wątpliwości Komisji Europejskiej. W szczególności wydawcy zgodzili się rozwiązać wszystkie istniejące umowy agencyjne, które zawierały ograniczenie dotyczące cen detalicznych i klauzule MFN. Ponadto wydawcy zobowiązali się do niestosowania klauzuli MFN w nowych umowach przez okres pięciu lat. Zobowiązali się oni również do wprowadzenia dwurocznego okresu przejściowego, w trakcie którego detaliści będą mieli swobodę w oferowaniu rabatów na e-booki do wysokości równej prowizji, jaką detaliści otrzymują od wydawców w ciągu jednego roku. Apple zobowiązał się natomiast do wypowiedzenia umów agencyjnych z wydawcami i niezawierania/niewykonywania przez okres pięciu lat jakiegokolwiek klauzuli MFN, która byłaby zamieszczona w jakiegokolwiek nowej lub istniejącej umowie agencyjnej.

Komisja uznała, że te zobowiązania są odpowiednie do przywrócenia i utrzymania konkurencji na rynku sprzedaży e-booków w Europejskim Obszarze Gospodarczym. W dniu 12 grudnia 2012 r. Komisja zaakceptowała prawnie wiążące zobowiązania Apple i wydawców Hachette, Harper Collins, Holtzbrinck/Macmillan i Simon & Schuster, a w dniu 25 lipca 2013 r. także zobowiązania wydawcy Penguin⁷³.

⁷² S. Cernak, T. Chaiken, *Most Favored...*

⁷³ Patrz decyzja Komisji Europejskiej, sprawa COMP/39.847.

Sprawa Blue Cross

W dniu 18 października 2010 r. Amerykański Departament Sprawiedliwości złożył pozew przeciwko Blue Cross Blue Shield of Michigan (dalej: BCBSM), twierdząc, że ubezpieczyciel ten naruszył prawo konkurencji, zmuszając szpitale w Michigan do akceptowania klauzul MFN, które zwiększały koszty opieki zdrowotnej dla pacjentów. Klauzule narzucone przez BCBSM obliowały szpitale do stosowania względem innych ubezpieczycieli co najmniej tak samo wysokich lub nawet wyższych opłat za usługi opieki zdrowotnej niż w stosunku do BCBSM. Departament Sprawiedliwości stwierdził, że klauzule największego uprzywilejowania stosowane przez BCBSM skutkowały wyższymi cenami dla konkurentów i uniemożliwiły mniejszym ubezpieczycielom wejście na rynek, co z kolei doprowadziło do zmniejszenia poziomu konkurencji na rynku ubezpieczeń zdrowotnych. W odpowiedzi BCBSM złożył wniosek o oddalenie pozwu, twierdząc, że zarzuty stawiane przez Departament Sprawiedliwości są bezzasadne. W listopadzie 2011 roku sąd odrzucił ten wniosek, stwierdzając, że istnieje prawdopodobieństwo, że stosowane przez BCBSM klauzule MFN naruszają przepisy prawa antymonopolowego⁷⁴.

Przed zakończeniem postępowania sądowego, w dniu 25 marca 2013 r., Departament Sprawiedliwości wniósł o umorzenie postępowania w sprawie BCBSM, ponieważ tydzień wcześniej w stanie Michigan, którego dotyczyły praktyki BCBSM, uchwalone zostało prawo, które ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2014 r. zakazało ubezpieczycielom używania jakichkolwiek klauzul MFN w kontraktach z dostawcami usług zdrowotnych. Niewątpliwie, nowe przepisy były bezpośrednią konsekwencją działań podejmowanych przeciwko BCBSM. W okresie przejściowym Komisarz Urzędu Regulacji Finansowej i Ubezpieczeniowej stanu Michigan zarządził, że przed wejściem w życie nowych przepisów ubezpieczyciele mogą wprowadzać do umów i egzekwować tylko te klauzule MFN, które zostały uprzednio zatwierdzone przez Komisarza. W rezultacie powyższych działań legislacyjnych postępowanie w sprawie BCBSM stało się zbędne. BCBSM przyłączył się do wniosku Departamentu Sprawiedliwości⁷⁵.

Sprawa pozostaje otwarta do momentu wydania decyzji przez sąd w sprawie umorzenia postępowania.

⁷⁴ K.L. Tonn, *United States and State of Michigan v. Blue Cross Blue Shield of Michigan: A Forecast of Renewed Scrutiny of Most Favored Nation Clauses in the Health Care Industry?*, „Health Law Perspectives” 2011, April. Pobrano z: <http://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/2011/Tonn.pdf>.

⁷⁵ Zob. www.justice.gov/atr/cases/bcbsmf.html.