

Katarzyna Górna*, Małgorzata Kozak**, Anna Wawruch***

Ograniczenia konkurencji w porozumieniach wertykalnych – czy jest miejsce na badanie skutku? Uwagi w świetle ostatniego orzecznictwa sądów polskich i TSUE

Spis treści

- I. Wprowadzenie
 1. Cel artykułu
 2. Cel lub skutek porozumienia ograniczającego konkurencję
 3. Cel porozumienia
 4. Konsekwencje wykazania celu porozumienia
 5. Skutek porozumienia
- II. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszących się do rozróżnienia pomiędzy antykonkurencyjnym celem a skutkiem w porozumieniach wertykalnych
 1. Allianz Hungaria Biztosító
 2. MasterCard Inc
 3. Cartes Bancaires
 4. SIA Maxima Latvija
 5. Toshiba
 6. Sfinks
- III. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszące się do sprzedaży *online*
 1. Ograniczenia sprzedaży dokonywanej przez dystrybutorów
 2. Ograniczenia odsprzedaży na platformach należących do osób trzecich
- IV. Wnioski

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest zbadanie aktualnej praktyki orzeczniczej polskich sądów powszechnych oraz TSUE dotyczącej porozumień zakazanych ze względu na cel lub ze względu na skutek. W artykule omówiono orzeczenia, których treść potwierdza, że w przypadku braku możliwości uznania porozumienia za ograniczające konkurencję ze względu na cel konieczne jest przeprowadzenia rozbudowanej analizy otoczenia ekonomiczno-prawnego porozumienia dla oceny jego ewentualnych antykonkurencyjnych skutków.

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosków, że w orzecznictwie wciąż zauważalna jest tendencja do zacierania granicy pomiędzy tymi dwoma rodzajami porozumień i przyjmowania

* Radca prawny, Affre i Wspólnicy; e-mail: katarzyna.gorna@affre.pl.

** Doktor; radca prawny; *of counsel* Affre i Wspólnicy; e-mail: malgorzata.kozak@affre.pl.

*** Studentka Wydziału Prawa i Administracji w Warszawie; praktykantka Affre i Wspólnicy.

uproszczeń zakładających, że jeśli nie ma pewności co do zasadności kwalifikacji porozumienia jako zakazanego ze względu na cel, równoległe wykazuje się jego antykonkurencyjne skutki.

Słowa kluczowe: porozumienia ograniczające konkurencję; cel porozumienia; skutek porozumienia; kontekst ekonomiczny i prawny porozumienia.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

1. Cel artykułu

W polityce ochrony konkurencji przyjętej we wrześniu 2015 r. (dalej: Nowa polityka ochrony konkurencji)¹ podkreślono, że „[p]riorytetem UOKiK jest bezwzględne zwalczanie ich [naruszeń prawa konkurencji – autorki] najbardziej szkodliwych rodzajów, czyli karteli ustalających ceny lub dzielących rynek, najczęściej mających tajny charakter” (s. 30). W odniesieniu do porozumień *niehoryzontalnych*, wskazano, że „[o]cena porozumień zawieranych między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, czyli porozumień niehoryzontalnych, wymaga indywidualnego podejścia. Tego rodzaju porozumienia mogą generować korzyści dla konsumentów, np. dzięki usprawnieniu dystrybucji towarów. Dlatego interwencje organu ochrony konkurencji i konsumentów są uzasadnione jedynie wtedy, gdy analiza ekonomiczna wykaże, że antykonkurencyjne skutki takich praktyk nie są równoważone korzyściami po stronie konsumentów”. Wreszcie, następuje zapowiedź przygotowania przez UOKiK „wytycznych w sprawie oceny tego rodzaju porozumień, które będą ewoluowały w wyniku dialogu z uczestnikami rynku i podążały za krajowym oraz europejskim orzecznictwem w zakresie ochrony konkurencji”.

Zapowiedź ta jest pewnym *novum*, nie znajduje bowiem odzwierciedlenia w dotychczasowym orzecznictwie i praktyce polskiego organu ochrony konkurencji. Dodatkowo, w ostatnim czasie zostało wydanych kilka interesujących – z punktu widzenia analizy celu i skutku porozumień wertykalnych – wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Również polskie orzecznictwo – zwłaszcza rozstrzygnięcia zapadające w sprawie sieci franczyzowej *Sfinks* – mierzy się z tym zagadnieniem.

W celu oceny kierunków, w jakich zmierza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz w jakich mogłaby – przy woli politycznej – ewoluować praktyka polskiego organu, w ramach artykułu zostaną poddane analizie ostatnie rozstrzygnięcia.

2. Cel lub skutek porozumienia ograniczającego konkurencję

W art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.² (analogicznie jak w art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)³ określono zakaz zawierania przez przedsiębiorców porozumień, których ce-

¹ Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11907 (28 czerwca 2016).

² Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2015, poz. 184).

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE 2012 nr C 326/01).

lem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zakazane są m.in. porozumienia polegające na:

- stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Katalog antykonkurencyjnych praktyk wymienionych w uokik oraz TFUE jest katalogiem otwartym, a opisane w nim zachowania są pozornie wystarczająco scharakteryzowane. Jednakże uderzający jest fakt, że po ponad 50 latach stosowania unijnego prawa konkurencji, nie istnieje jedna, powszechnie akceptowana definicja „ograniczenia konkurencji”. Również ekonomiczna analiza ograniczeń konkurencji nie jest wolna od kontrowersji (Colomo i Lamadrid, 2016, s. 2, 3).

Dla stwierdzenia naruszenia zakazu konieczne jest wykazanie, iż celem zawartego porozumienia lub jego skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku. Z literalnego brzmienia przepisu można wywieść, że jest to alternatywa, a więc cel i skutek mogą wystąpić zarówno oddzielnie, jak i łącznie (Podrecki, 2014). Z orzecznictwa TSUE wynika jednak, że alternatywny, a nie kumulatywny charakter tej przesłanki oznacza, że w pierwszej kolejności badany jest sam cel porozumienia, z uwzględnieniem jego kontekstu gospodarczego⁴. Relację między tymi przesłankami Sąd Najwyższy scharakteryzował w następujący sposób:

- 1) gdy strony porozumienia stawiają sobie za cel ograniczenie konkurencji; nie ma tu znaczenia czy cel ten został osiągnięty;
- 2) gdy naruszenie konkurencji jest skutkiem porozumienia;
- 3) gdy przedsiębiorcy, działający z zamiarem wyłączenia konkurencji między nimi, cel ten osiągnęli (Jurkowska-Gomułka, 2014)⁵.

Jak wskazał Rzecznik Generalny, M. Wathelet⁶, „[o]wo rozróżnienie ‘ograniczeń ze względu na cel’ i ‘ograniczeń ze względu na skutek’ opiera się bowiem na okoliczności, że pewne formy z umowy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji”. Również Rzecznik Generalna, Verica Trstenjak, w swojej opinii z 4 września 2008 r. w sprawie *Beef Industry Development Society Ltd* podniosła, że „[c]elem porozumienia musi być ograniczenie konkurencji. Kryterium to jest jednakże trudno sprecyzować. Artykuł 81 WE [obecnie: art. 101 TFUE] chroni konkurencję w szczególności z racji jej funkcji polegającej na tworzeniu jednolitego rynku z warunkami podobnymi do tych na rynku wewnętrznym i z racji jej funkcji polegającej na możliwie najlepszym zaspokojeniu potrzeb konsumentów (...)”⁷.

⁴ Wyr. ETS z dnia 30 czerwca 1966 r., w sprawie 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH* (M.B.U.), (Zbiór Orzeczeń 1966, 00337); wyr. ETS z dnia 20 listopada 2008 r., w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development Society i Barry Brothers*, (Zbiór Orzeczeń 2008, I-08637), pkt 28; wyr. ETS z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04529), pkt 15; wyr. Trybunału z dnia 6 października 2009 r. w połączonych sprawach C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich i Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko GlaxoSmithKline Services Unlimited i European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich i Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, (Zbiór Orzeczeń 2009, I-09291), pkt 55; wyr. Trybunału z dnia 14 marca 2013 r., w sprawie C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni przeciwko Gazdasági Versenyhivatal*, (Elektroniczny Zbiór Orzeczeń), pkt 33.

⁵ Wyr. SN z 13.5.2004 r., III SK 44/04, OSN 2005, Nr 9, poz. 136.

⁶ Opinia Rzecznika Generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 25 czerwca 2015 r., w sprawie C-373/14 P, *Toshiba Corporation przeciwko Komisji Europejskiej*. Pozyskano z: www.curia.eu.

⁷ Opinia Rzecznik Generalnej Vericy Trstenjak przedstawiona w dniu 4 września 2008 r., w sprawie C-209/07, *The Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, par. 42. Pozyskano z: www.curia.eu.

Natomiast, bardzo interesujące podejście do interpretacji tej alternatywy zaproponował A. Stawicki (szerzej poniżej przy omówieniu zakresu pojęcia „cel porozumienia”) (Stawicki, 2012; Turno, 2013). Należy się zgodzić, że „zdecydowana większość porozumień nie poddaje się prostej i jednoznacznej kwalifikacji ‘przez cel’”. Jednoznaczne określenie, że cel porozumienia był antykonkurencyjny jest możliwe wyłącznie w sytuacjach, takich jak zмова kartelowa (ale konkurentów). Rozszerzenie tego pojęcia na inne sytuacje, np. używanego przez Prezesa UOKiK pojęcia „karteli pionowych”⁸, prowadzi do sytuacji, w której rzeczywiście alternatywa cel/skutek ulega zamazaniu.

W literaturze proponowana jest również dwuetapowa klasyfikacja ograniczeń ze względu na cel. W pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czy dany typ ograniczenia będzie wywierał ogólny efekt negatywny (netto) i z tego powodu powinien zostać zakwalifikowany jak ograniczenie co do celu. Drugi poziom dotyczy oceny w indywidualnej sprawie czy poszczególne ograniczenie mieści się w typologii ograniczeń ze względu na cel (Peeperkorn, 2015).

Oczywiście, w konkretnych sytuacjach może dochodzić do tego, że cel i skutek porozumienia przenikają się i nie jest możliwe ich jasne wyodrębnienie (Jurkowska-Gomułka, 2014)⁹.

3. Cel porozumienia

Jak wynika z decyzji Prezesa UOKiK, antykonkurencyjny cel porozumienia postrzegany jest jako obiektywny zamiar stron tego porozumienia, niezależny od subiektywnych skutków, które wystąpiły. I tak na przykład w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2013 r. wskazano, że: „[c]el porozumienia można określić jako wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wypływa zatem z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji. Wymaga ponadto podkreślenia, iż dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia, czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel zawarcia porozumienia może stanowić o nielegalności porozumienia. Nawet jeśli nie zaobserwowano stosowania w praktyce ustalonych cen, sam fakt istnienia dokumentów ustalających taki stan rzeczy ma na celu ograniczenie konkurencji. Natomiast jeśli celem porozumienia jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji to nie ma potrzeby brać pod uwagę rzeczywistych skutków porozumienia”¹⁰.

A. Stawicki uważa jednak, że pojęcie „cel” należy rozumieć „nie tyle jako subiektywną lub obiektywną motywację działania stron porozumienia, co raczej jako obiektywny cel porozumienia, tożsamy z jego przedmiotem”. Za określaniem porozumień jako „zakazanych ze względu na przedmiot” zamiast „zakazanych ze względu na cel” opowiada się również B. Turno (Stawicki, 2012). Także D. Miąsik (2009) zdefiniował porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji jako „[u]zgodnienia między przedsiębiorstwami, których przedmiot jest antykonkurencyjny”

⁸ „Cóż przedsiębiorcy po konkurencji?”, Dodatek do tygodnika „Polityka”, wrzesień 2007 r. Pozyskano z: <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11145> [dostęp: 22 sierpnia 2016 r.]

⁹ Wyr. SA w Warszawie z 4.12.2007 r., VI ACA 848/07.

¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2013 r., RBG-42/2013.

doprecyzowując, że „porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, gdy wyraża dążenie jego stron do zmiany struktury rynku”.

Konsekwencją ustalenia celu porozumienia za antykonkurencyjny jest brak konieczności wykazywania jego antykonkurencyjnych skutków (Miąsik, 2004). Bez znaczenia pozostaje czy w praktyce nastąpiła realizacja porozumienia i czy cel polegający na ograniczeniu konkurencji został osiągnięty (Sieradzka, 2012). Jeżeli porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nawet potencjalnie, (a skutek jeszcze nie wystąpił lub w ogóle nie wystąpi), jest ono traktowane jako nie-
dozwolone (Jurkowska-Gomułka, 2009, s. 378).

Jeśli chodzi o pojęcie „ograniczenia konkurencji” „ze względu na cel” w orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości, że należy je interpretować w sposób zawężający i że można je stosować tylko do niektórych, najpoważniejszych naruszeń. Nie istnieje żaden normatywny, zamknięty katalog praktyk uznawanych za ograniczenie konkurencji ze względu na cel¹¹. Nie sprowadza się on również do wymienionych w art. 101 ust. 1 TFUE i art. 6 ust. 1 uokik kategorii porozumień. Jak wskazuje się w literaturze, dotychczasowe próby stworzenia takiego enumeratywnego wyliczenia ulegały szybkiej dezaktualizacji, a wręcz „skazane są na porażkę” (Bolecki, 2012). Powszechnie wskazuje się jednak w tym przypadku na porozumienia cenowe, podziałowe (podział rynku), kontyngentowe (ograniczenie podaży/produkcji) oraz zmony przetargowe. Również z orzecznictwa unijnego wynika, że niektóre rodzaje (typy) porozumień uznawane są za „oczywiste ograniczenia konkurencji” (*obvious restrictions of competition*), do jakich zalicza się „ustalenie cen, podział rynków oraz kontrola punktów sprzedaży” (Kohutek, 2008). Dodatkowo, wskazać należy, że „kategoria porozumień ze względu na cel nie jest jednolita” (Bolecki, 2012). Jak wskazuje A. Bolecki, do kategorii porozumień ze względu na cel zaliczają się zarówno *tradycyjne hardcore restrictions*, jak i porozumienia, których cel nie jest *prima facie* oczywisty i które mogą realizować inne cele niż ograniczenie konkurencji (Bolecki, 2012). Te drugie zaliczane będą do ograniczeń ze względu na cel, gdy wskaże na to ich charakterystyka lub szczególny kontekst (Turno, 2012).

Porozumienia te są w tak jaskrawy sposób sprzeczne z celami konkurencji i mają tak istotny (choćby potencjalny tylko) negatywny wpływ na konkurencję, że nie jest w ich przypadku konieczne badanie czy rzeczywiście prowadzą lub mogłyby prowadzić do jej naruszenia, wywołując jakiegokolwiek negatywne skutki na rynku (Podrecki, 2014; Turno 2012). Sąd Najwyższy przyjmuje bowiem, że porozumienie (zachowanie) mające na celu ograniczenie konkurencji to takie, „którego nieodzownym skutkiem jest ograniczenie konkurencji”¹² lub „którego wdrożenie nieuchronnie doprowadzi do wywołania antykonkurencyjnego skutku”¹³, z czego można niejako domniemywać ich wystąpienie (Kohutek, 2016).

Jednocześnie, antykonkurencyjny cel porozumienia nie musi wynikać ze wszystkich jego postanowień, wystarczającym jest, że porozumienie zawierać będzie poszczególne klauzule zmierzające do ograniczenia lub eliminacji konkurencji (Kohutek, 2016, s. 252). Cel porozumienia wynika zatem wprost z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji (Miąsik, 2004).

¹¹ Por. również opinia Rzecznik Generalnej w sprawie *The Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, *vide supra* 7.

¹² Wyr. SN z dnia 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08.

¹³ Wyr. SN z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09.

Jednakże, jak zostanie wskazane poniżej, brak sprecyzowania zakresu pojęcia porozumień ze względu na cel, rozszerzanie tej kategorii i konieczność brania pod uwagę ich kontekstu ekonomicznego i prawnego powoduje, że jednoznaczna granica między celem a skutkiem zostaje zatarta. Ma to szczególne znaczenie w kontekście dokonywania przez przedsiębiorców samooceny w związku z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003¹⁴. Dodatkowo, należy wskazać, że pojęcie ograniczeń ze względu na cel bywa nadużywane przez organy ochrony konkurencji, które interpretują decyzje Komisji Europejskiej oraz TSUE w sposób nie zawsze odpowiadający intencjom, w jakich te zostały wydane. Jak zauważył Rzecznik Generalny, N. Wahl, w opinii w sprawie *Cartes bancaires* „(...) schemat analizy, który przyjmie Trybunał, będzie obowiązywać zarówno Komisję, jak i krajowe organy ochrony konkurencji, których stopień wyczulenia oraz poziom doświadczenia opierają się na zmiennych parametrach”¹⁵.

Porozumienia, które podlegają zasadniczemu zakazowi, o którym mowa w art. 101 ust. 1 TFUE, które jednakże spełniają przesłanki określone w art. 101 ust. 3 TFUE, nie są zakazane bez konieczności uprzedniego stwierdzenia tego przez Komisję. Natomiast, przed dniem 1 maja 2004 r. rozróżnienie pomiędzy art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 WE odgrywało ważną rolę proceduralną. Zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r. dotyczącego art. 85 (obecnie art. 101 TFUE) i art. 86 (obecnie art. 102 TFUE) Traktatu zastosowanie miał system zakazu z zastrzeżeniem odstępstw: porozumienie, które podlegało zasadniczemu zakazowi określonymu w art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 TFUE) i nie zostało objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, musiało zostać zgłoszone Komisji. Tylko Komisja mogła wyłączyć takie porozumienie spod zasadniczego zakazu określonego w art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 TFUE).

4. Konsekwencje wykazania celu porozumienia

Brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano, że ma ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji¹⁶, potwierdza orzecznictwo sądów krajowych i unijnych. Przykładowo w wyroku z dnia 9 listopada 2006 r. SOKiK stwierdził, że „jeżeli z zawartego porozumienia wynika jego antykonkurencyjny cel, to nie ma potrzeby badania skutków porozumienia”¹⁷.

Taki wniosek jest oparty na wcześniejszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, w którym wskazano m.in., że: „w wypadku gdy udowodnione zostanie, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, nie zachodzi potrzeba określania rzeczywistych jego skutków”¹⁸. W przypadku niemożności wykazania antykonkurencyjnego celu, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do wykazania skutku porozumienia, negatywnego dla konkurencji.

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 lutego 2010 r., sygn. akt VI ACa 61/09, stwierdzono, że samo zamieszczenie w umowie klauzuli ograniczającej swobodę przedsiębiorców,

¹⁴ Dz. Urz. UE L 1/1 z dnia 4 stycznia 2003 r.

¹⁵ Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla, przedstawiona w dniu 27 marca 2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji Europejskiej*. Pozyskano z: <http://eur-lex.europa.eu/>, par. 59.

¹⁶ Wyr. ETS z dnia 13 lipca 1966 r., w połączonych sprawach 56 i 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. i Grundig-Verkaufs-GmbH przeciwko Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej*, (Zbiór Orzeczeń 1966, 00429); wyr. ETS z dnia z dnia 20 listopada 2008 r., w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development Society i Barry Brothers*, (Zbiór Orzeczeń 2008, I-08637), pkt 16; wyr. ETS z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04529), pkt 29.

¹⁷ Wyr. SOKiK z dnia 9 listopada 2006 r., Ama 68/05.

¹⁸ Wyr. ETS z dnia 13 lipca 1966 r., w połączonych sprawach 56 i 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. i Grundig-Verkaufs-GmbH przeciwko Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej*, (Zbiór Orzeczeń 1966, 00429).

np. poprzez ustanowienie wyłączności, nie może skutkować automatycznym uznaniem celu porozumienia za antykonkurencyjne. Porozumienia wertykalne ograniczające dostęp do rynku opierają się często na klauzuli wyłączności, przy czym o antykonkurencyjnym charakterze porozumienia decyduje m.in. skala zawieranych umów czy liczba dystrybutorów, którzy zaakceptowali klauzulę wyłączności (Jurkowska, 2009). Bez odniesienia umowy do sytuacji ekonomicznej na rynku nie-
możliwe jest ustalenie czy, a jeśli tak, to kiedy porozumienia mogłyby negatywnie oddziaływać na konkurencję na rynku właściwym¹⁹.

W przypadku, kiedy cel danego porozumienia może zostać zakwalifikowany jako naruszający konkurencję, analiza i postępowanie dowodowe przeprowadzone przez organ antymonopolowy mogą być znacząco uproszczone. Sprowadzają się one do wykazania, że rzeczywiście doszło do zawarcia porozumienia. Przy czym, w praktyce UOKiK wystarczające jest np. wskazanie maila²⁰ bądź postanowienia umowy²¹, bez konieczności wykazywania, że w praktyce postanowienie to było rzeczywiście stosowane.

Analiza decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK dodatkowo wskazuje, że konieczne jest również zdefiniowanie: interesu publicznego, rynku właściwego (Bolecki, 2012, s. 18) oraz określenie stosunków gospodarczych na danym rynku (Jurkowska, 2009, s. 383).

Jednakże, w przypadku, kiedy do kategorii porozumień celowościowych zostaje zakwalifikowane porozumienie, które może realizować jednocześnie inne cele niż tylko ograniczenie konkurencji, analiza organu powinna uwzględnić występujące w danej sprawie otoczenie biznesowe (Bolecki, 2012, s. 18). I ta druga sytuacja prowadzi do zatarcia jasnego podziału między porozumieniami ograniczającymi konkurencję, ze względu na cel i ze względu na skutek. Pojawia się pytanie, czy jednak porozumienia zakazane ze względu na cel nie powinny być na tyle jasno zdefiniowane, że w przypadku wątpliwości, organ antymonopolowy powinien przeprowadzić analizę skutku. W tym kierunku zdaje się iść omawiane poniżej najnowsze orzecznictwo.

5. Skutek porozumienia

Skutek porozumienia może być definiowany jako „wpływ na relacje pomiędzy uczestnikami porozumienia oraz wpływ na osoby trzecie, w tym na konsumentów” (Sieradzka, 2012, pkt 2.3.2.). Jego badanie wymaga wyznaczenia rynku właściwego, przeprowadzenia jego analizy ekonomicznej oraz wskazania, jak wyglądałaby konkurencja, gdyby oceniane porozumienie nie zostało zawarte. Konieczne jest także wykazanie związku między zmianą warunków konkurowania a danym porozumieniem. Przyjmuje się przy tym, że antykonkurencyjny skutek porozumienia powinien być interpretowany szeroko, zatem jako skutek zarówno rzeczywisty, jak i prawdopodobny, czyli taki, który może wystąpić w niedalekiej przyszłości (Stawicki, 2012). Istotne znaczenie w kwestii wykazywania antykonkurencyjnego skutku porozumienia może mieć zakres pokrycia rynku kwestionowanym porozumieniem. Im większy jest ów zakres, tym większe prawdopodobieństwo wywołania odczuwalnych skutków dla konkurencji przez dane porozumienie. Jest to także możliwe w przypadku stosowania przez innych przedsiębiorców podobnych porozumień (Kohutek, 2016). Wpływ porozumienia może być odczuwalny zarówno bezpośrednio – na rynku, gdzie działają

¹⁹ Wyr. SOKiK z 18.8.2008 r., XVII Ama 83/07, niepubl.

²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2015 r. nr DOK-4/2015.

²¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2009 r. nr RKT-43/2009.

uczestnicy porozumienia bądź pośrednio – na rynkach powiązanych. Za niedopuszczalne uznaje się przyjęcie domniemania wystąpienia antykonkurencyjnego skutku porozumienia (Jurkowska, 2009), w związku z czym na organie antymonopolowym spoczywa obowiązek jego udowodnienia (Turno, 2012, s. 44).

Jednocześnie, w momencie, kiedy wystąpił skutek w postaci ograniczenia konkurencji, organ ochrony konkurencji nie ma obowiązku badania celu porozumienia²². Nieistotny będzie w tym przypadku zamiar stron, a więc nawet nieumyślność naruszenia nie zwolni od odpowiedzialności na gruncie Ustawy (Sieradzka, 2012, pkt 2.3.2.).

Przykładem badania skutku postanowień dotyczących wyłączności są orzeczenia wydane w sprawie *Delimitis*²³, zgodnie z którym konieczne jest uwzględnienie szczegółowego kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się dane porozumienie. Rozstrzygnięcie w sprawie *Delimitis* przewiduje, że aby stwierdzić ograniczenie konkurencji konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków. Po pierwsze, analiza kontekstu ekonomicznego i prawnego umowy musi prowadzić do wniosku, iż utrudniono konkurentom, zamierzającym wejść na rynek lub dążącym do zwiększania udziału w rynku, dostęp do rynku właściwego – porozumienie musi stanowić barierę wejścia na określony rynek produktowy i geograficzny. Po drugie, oceniana umowa musi w istotnym stopniu przyczyniać się do zamknięcia rynku, co zależy od pozycji stron na rynku oraz długości jej obowiązywania. Test służący ocenie umów o charakterze wyłączności, wypracowany w ramach rozstrzygnięcia w sprawie *Delimitis*, obejmuje: 1) wyznaczenie rynku relewantnego; 2) ustalenie wielkości sprzedaży za pośrednictwem różnego rodzaju punktów dystrybucji oraz 3) przy użyciu różnych rodzajów umów; 4) okres obowiązywania umów o wyłączne dostawy; 5) występowanie ekonomicznych i prawnych barier wejścia; 6) wpływ indywidualnej umowy na poziom konkurencji oraz na dostęp do rynku.

W pozostałych przypadkach, w sytuacji gdy wyniki analizy treści danej umowy/postanowienia nie wskazują na wystarczający stopień jego szkodliwości dla konkurencji, tj. kiedy cel (przedmiot) porozumienia nie jest jednoznacznie antykonkurencyjny, dopiero zbadanie wpływu porozumienia na rynek (rzeczywistych lub potencjalnych skutków zawarcia porozumienia) pozwala przesądzić czy porozumienie jest sprzeczne z prawem. W takim przypadku wymagane jest, by spełnione były przesłanki wskazujące na faktyczne zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji w odczuwalny sposób²⁴.

II. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszących się do rozróżnienia pomiędzy antykonkurencyjnym celem a skutkiem w porozumieniach wertykalnych

Jak zostało wykazane w części I, rozdział między antykonkurencyjnym celem a skutkiem porozumienia nie jest jednoznaczny i ulega zatarciu. W wyznaczeniu tej granicy nie pomaga również najnowsze orzecznictwo TSUE. Wydawało się, że dobrą okazją do zakreślenia tej granicy będzie sprawa *Allianz Hungaria*, jednakże wyrok ten jest kontrowersyjny, m.in. dlatego, że dochodzi do pomieszania w nim ustaleń faktycznych z analizą prawną. Dodatkowo, wyrok ów pokazuje jak trudno jest wskazać ograniczenie, które jednoznacznie negatywnie oddziałuje na konkurencję skoro

²² Wyr. SA w Warszawie z 22.11.2010 r., VI ACa 607/09, niepubl.

²³ Wyr. ETS z 28 lutego 1991 r., w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, (Zbiór Orzeczeń 1991, I-00935).

²⁴ Zob. np. wyr. ETS w sprawie C-32/11, *Allianz Hungaria Bistosito i in.* pkt 34, a także wyr. ETS z dnia 19 marca 2015 r. w sprawie C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe* przeciwko Komisji Europejskiej, (Elektroniczny zbiór orzeczeń), pkt 116.

konieczna jest indywidualna i konkretna ocena treści i celu takiego porozumienia, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się wpisuje. Niestety, w kolejnych wyrokach, w których TSUE miał możliwość jasnego wskazania, jakie cechy powinno spełniać porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, Trybunał nadal wskazywał warunkowo, jakie porozumienia mogą zostać lub nie uznane za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji. Wskazywane warunki dotyczą *de facto* pogłębionej analizy kontekstu ekonomicznego, która sprowadza się do analizy skutków porozumienia. W związku z powyższym, podział porozumień co do celu i skutku traci na znaczeniu praktycznym.

Polskie sądy – jak wskazuje wyrok w sprawie sieci franczyzowej *Sfinks* – akceptują kwalifikację pionowych porozumień cenowych jako porozumień ograniczających konkurencję co do celu bez badania czy rzeczywiście prowadzą one do ograniczenia konkurencji. Jednakże, nakazują weryfikację spełnienia warunków wyłączenia przez dany system, co wydaje się prowadzić do swoistego *qui pro quo*.

Dodatkowo, wskazujemy, że na skutek gwałtownego rozwoju handlu elektronicznego, powstaje nowa grupa porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji. Praktyka orzecznicza tych porozumień zostanie omówiona w punkcie III.

1. Allianz Hungaria Biztosító

Kontrowersyjny (Petit, 2016; Vedder, 2016) wyrok TSUE został wydany w wyniku pytania prejudycjalnego zadanego przez węgierski sąd kasacyjny, a odnoszącego się do sprawy praktyk węgierskich ubezpieczycieli polegających na, z jednej strony, uzgodnieniach z warsztatami samochodowymi warunków i taryf stosowanych do usług naprawczych, które mają zostać zapewnione przez ubezpieczyciela w przypadku naprawy ubezpieczonych samochodów. Warsztaty te mogą w ten sposób bezpośrednio przystępować do napraw zgodnie z warunkami i taryfami uzgodnionymi z ubezpieczycielem. Z drugiej zaś – zakłady ubezpieczeń zawierały porozumienia ramowe z agentami ubezpieczeniowymi (koncesjonariuszami) działającymi również jako warsztaty samochodowe. Porozumienia dotyczyły stawek godzinnych mających zastosowanie do naprawy samochodów po wypadkach. Koncesjonariusze związani są z ubezpieczycielami z dwóch względów. Po pierwsze, w razie wypadków naprawiają oni ubezpieczone samochody na rachunek ubezpieczycieli, i po drugie, działają jako pośrednicy ubezpieczycieli, oferując – w charakterze pośredników ich własnych agentów ubezpieczeniowych lub agentów stowarzyszonych – ubezpieczenia samochodowe klientom przy okazji sprzedaży lub naprawy pojazdów.

Takie porozumienie zawarte przez Allianz w latach 2004–2005 przewidywało z tytułu naprawy samochodów po wypadku wyższą stawkę, w przypadku gdy ubezpieczenia Allianz stanowiły określony odsetek ubezpieczeń sprzedanych przez koncesjonariusza. Analogiczne klauzule zawarte były w porozumieniach innych ubezpieczycieli.

Węgierski organ ochrony konkurencji (dalej: GVH) uznał, że rzeczne porozumienia były sprzeczne z art. 11 Tpv²⁵. Porozumienia te mogą zostać pogrupowane w następujący sposób:

- porozumienia o charakterze horyzontalnym, w których dla koncesjonariuszy samochodów ustanowiono za naprawę samochodów takie „ceny zalecane”, które miały być stosowane do ubezpieczycieli;

²⁵ Węgierska ustawa nr LVII z 1996 r. zakazująca nieuczciwych praktyk na rynku i ograniczania konkurencji.

- porozumienia ramowe oraz różne porozumienia indywidualne zawarte w tym okresie pomiędzy różnymi koncesjonariuszami a, odpowiednio, ubezpieczycielami, które uzależniały wysokość godzinnej stawki za usługi naprawy od wyniku osiągniętego w dziedzinie zawierania umów ubezpieczeniowych;
- różne porozumienia zawarte w latach 2000–2005 pomiędzy Allianz i Generali z jednej strony i agentami ubezpieczeniowymi z drugiej, zmierzające do wywarcia wpływu na praktyki tych ostatnich poprzez ustalenie między innymi liczby lub minimalnego odsetka umów ubezpieczenia samochodowego, jakie powinny zawrzeć z klientami agencji ubezpieczeniowej w trakcie danego okresu rozliczeniowego, oraz poprzez przewidzenie wynagrodzenia agentów, które było zróżnicowane w zależności od liczby umów zawartych dla ubezpieczyciela.

GVH stwierdził, że ten zbiór porozumień, rozważanych zarówno łącznie, jak i indywidualnie, miał na celu ograniczenie konkurencji na rynku umów ubezpieczeń samochodowych i na rynku usług naprawy samochodów. GVH uznał, że wobec braku wpływu na rynek wewnątrzspółnotowy art. 101 TFUE nie miał zastosowania do porozumień oraz że bezprawność tych porozumień wynikała tym samym z krajowego prawa konkurencji. Z powodu tej bezprawności zakazał on kontynuowania rzeczonych praktyk i nałożył grzywny w wysokości 5 319 000 000 HUF na Allianz, w wysokości 1 046 000 000 HUF na Generali, w wysokości 360 000 000 HUF na GÉMOSZ, w wysokości 13 600 000 HUF na Peugeot Márkakereskedők oraz w wysokości 45 000 000 HUF na Opelkereskedők.

Węgierski sąd kasacyjny zadał następujące pytanie: „[c]zy można uznać za porozumienia sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE – jako porozumienia, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego – takie porozumienia dwustronne podpisane pomiędzy ubezpieczycielem i określonymi warsztatami samochodowymi lub pomiędzy ubezpieczycielem a stowarzyszeniem warsztatów samochodowych, na podstawie których cena za roboczogodzinę płaconą przez ubezpieczyciela warsztatowi samochodowemu za naprawę ubezpieczonych przez niego samochodów zależy między innymi od liczby i odsetka ubezpieczeń zawartych przez ubezpieczyciela za pośrednictwem tego warsztatu, który działa jako agent ubezpieczeniowy owego ubezpieczyciela?”.

W odpowiedzi TSUE, przypominając orzecznictwo w sprawie LTM, wskazał, że „jeżeli ustalono istnienie antykonkurencyjnego celu, nie ma potrzeby poszukiwać jego skutków dla konkurencji. Jednakże w przypadku gdy ocena treści porozumienia nie wykazuje wystarczającego stopnia szkodliwości z punktu widzenia konkurencji, należy zbadać skutki tego porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób”²⁶. Rozróżnienie „naruszeń ze względu na cel” i „naruszeń ze względu na skutek” jest związane z okolicznością, że pewne formy zмовy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji.

Zdaniem Trybunału, ocena czy dane porozumienie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu „na cel” powinna obejmować: treść jego postanowień; jego obiektywne cele, do których

²⁶ Por. wyr. ETS: *T-Mobile – Netherlands – i in.*, pkt 28; *GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji i in.*, pkt 55; 4 października 2011 r.; wyr. Trybunału z dnia 4 października 2011 r., w połączonych sprawach C-403/08 i C-429/08, *Football Association Premier League Ltd i inni przeciwko QC Leisure i inni i Karen Murphy przeciwko Media Protection Services Ltd*, pkt 135. Wyr. ETS z 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09, *Pierre Fabre – DermoCosmétique*, Zb. Orz. s. I-9419, pkt 34.

osiągnięcia ono zmierza; a także kontekst gospodarczy i prawny, w jaki porozumienie to się wpisuje. W ramach oceny rzeczowego kontekstu należy wziąć pod uwagę także charakter dóbr lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków.

Trybunał uznał, że pytanie prejudycjalne dotyczy powiązania wynagrodzenia za usługi naprawy samochodów z usługami pośrednictwa w ubezpieczeniach samochodowych. Stworzenie związku pomiędzy dwiema odmiennymi usługami jest możliwe ze względu na szczególnie podwójny charakter, w jakim występują koncesjonariusze w stosunku do ubezpieczonych, to znaczy jako pośrednicy lub agenci oferujący ubezpieczenia samochodowe klientom przy okazji sprzedaży lub naprawy samochodów i jako warsztat naprawiający samochody po wypadku na rachunek ubezpieczyciela.

Trybunał orzekł, że „okoliczność, że w obydwu przypadkach chodzi o stosunki wertykalne, w żaden sposób nie wyklucza możliwości, iż sporne w postępowaniu głównym porozumienie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu ‘na cel’”. Uznał – co jest dość kontrowersyjnym stwierdzeniem – również, że porozumienia – nawet jeżeli miały charakter wertykalny – miały na celu zachowanie lub zwiększenie udziału na rynku ubezpieczycieli. Na zadane przez sąd węgierski pytanie, Trybunał odpowiedział, że „art. 101 ust. 1 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że porozumienia, przez które zakłady ubezpieczeń samochodowych umawiają się dwustronnie bądź to z koncesjonariuszami samochodowymi działającymi jako warsztaty naprawcze, bądź to ze stowarzyszeniem reprezentującym te warsztaty odnośnie do stawki godzinnej, jaka ma być płacona przez zakład ubezpieczeń za naprawę ubezpieczonych przez niego pojazdów, przewidując, że stawka ta zależy między innymi od liczby i odsetka umów ubezpieczenia sprzedanych przez koncesjonariusza działającego jako pośrednik tego zakładu, mogą zostać uznane za ograniczenia konkurencji ‘ze względu na cel’ w rozumieniu rzeczowego przepisu, jeżeli w wyniku indywidualnej i konkretnej oceny treści i celu tych porozumień, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się one wpisują, okaże się, że ze względu na ich charakter są one szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry konkurencyjnej na odnośnych dwóch rynkach”.

Rozwiązanie wskazane przez Trybunał jest jednak krytykowane w doktrynie. Wskazuje się, że prowadzi ono do określania antykonkurencyjnego celu porozumienia poprzez jego skutek i dopiero w przypadku stwierdzenia wystąpienia tego drugiego pozwala na sklasyfikowanie porozumienia jako ograniczenia „ze względu na cel”²⁷. Efektem takiego działania może zaś być zatarcie rozróżnienia między tymi dwoma pojęciami.

2. *MasterCard Inc.*²⁸

Decyzją z dnia 19 grudnia 2007 r. Komisja Europejska²⁹ uznała za niezgodne z prawem konkurencji wielostronnie uzgadniane opłaty interchange (dalej: WOI) stosowane w ramach systemu płatności dokonywanych kartami MasterCard. WOI odpowiadają części ceny transakcji przeprowadzanej za pomocą karty płatniczej, która zostaje pobrana na rzecz banku wydającego karty. Cena WOI jest przenoszona na akceptantów (sprzedawców) w bardziej ogólnych ramach

²⁷ Wypowiedź R. Whisha. Pozyskano z: <http://globalcompetitionreview.com/news/article/41480/ecj-failure-clarify-by-object-analysis-really-frustrating-says-whish/> [dostęp: 23 sierpnia 2016]

²⁸ Wyr. ETS z 11 września 2014 r. w sprawie C-382/12 P, *MasterCard Inc i inni przeciwko Komisji*, (Elektroniczny Zbiór Orzeczeń).

²⁹ Decyzja KE z 19 grudnia 2007 r., C (2007) 6474.

kosztów, które im nalicza za korzystanie z kart płatniczych instytucja finansowa zarządzająca ich transakcjami. Komisja przyjęła, że WOI skutkują określeniem minimalnego progu opłat za obsługę akceptantów i z tego względu stanowią ograniczenie konkurencji cenowej. Ponadto Komisja podniosła, że nie wykazano, iż WOI pociągają za sobą wzrost efektywności mogący uzasadniać skutki ograniczające konkurencję. Na podstawie tych wniosków Komisja nakazała MasterCard oraz reprezentującym ją podmiotom (MasterCard Inc. oraz jej spółkom zależnym MasterCard Europe i MasterCard International Inc.) zaprzestanie naruszenia poprzez formalne zniesienie WOI w terminie sześciu miesięcy. Wyrokiem z dnia 24 maja 2012 r. Sąd oddalił skargę o stwierdzenie nieważności wniesioną przez MasterCard i potwierdził decyzję Komisji. MasterCard wniosła zatem odwołanie do Trybunału Sprawiedliwości w celu uchylenia wyroku Sądu. W wydanym w dniu 11 września 2014 r. wyroku Trybunał oddalił odwołanie i utrzymał w mocy wyrok Sądu.

W kwestii oceny antykonkurencyjnych skutków WOI Trybunał przypomniał, że Sąd potwierdził hipotetyczną analizę przeprowadzoną przez Komisję, według której niektóre z problemów spowodowanych wyeliminowaniem WOI mogłyby zostać rozwiązane za pomocą zakazu taryfikacji *ex post* (czyli zakazu ustalania przez banki wydające karty i banki autoryzujące płatność wysokości opłat interchange po tym, jak zakup został dokonany przez posiadacza karty). W tym względzie Trybunał stwierdził, że Sąd powinien był zbadać w ramach swojej analizy skutków wywieranych przez WOI na konkurencję czy sprawdzenie się tej hipotezy było prawdopodobne w inny sposób aniżeli w drodze interwencji regulacyjnej.

Zdaniem Trybunału, należało ocenić wpływ ustalania WOI na parametry konkurencji, takie jak w szczególności cena, ilość i jakość produktów lub usług. Podkreślono, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przypomnianym w pkt 161³⁰ omawianego wyroku, należy zbadać rzeczywistą konkurencję, jaka panowałaby w braku takich opłat. Ocena skutków koordynacji między przedsiębiorstwami z punktu widzenia art. 101 TFUE pociąga za sobą konieczność uwzględnienia konkretnych ram, w jakie wpisują się uzgodnienia w sprawie koordynacji, w szczególności zaś kontekstu gospodarczego i prawnego, w jakim wykonują działalność zainteresowane przedsiębiorstwa, charakteru towarów lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury rozpatrywanego rynku lub rynków³¹.

Niemniej jednak Trybunał stwierdził, że to naruszenie prawa nie ma wpływu na analizę skutków konkurencyjnych WOI, przeprowadzoną przez Sąd, ani na rozstrzygnięcie zaskarżonego wyroku, ponieważ Sąd miał w każdym razie prawo oprzeć się na hipotezie Komisji.

W odniesieniu do argumentu, jakoby Sąd nie przeanalizował w wystarczający sposób konkurencyjnych skutków WOI, Trybunał zauważył, że Sąd przeprowadził w swoim wyroku szczegółowe badanie w celu ustalenia między innymi czy WOI ograniczają presję, jaką akceptanci mogą

³⁰ Wyr. ETS w sprawach: LTM por. *supra* 16. Wyr. Trybunału z dnia 25 listopada 1971 r., w sprawie 22/71, *Béguelin Import Co. przeciwko S.A.G.L. Import Export*, (Zbiór Orzeczeń 1971, 00949), pkt 16, 17; wyr. Trybunału z dnia 10 lipca 1980 r., w sprawie 99/79, *SA Lancôme i Cosparfrance Nederland BV przeciwko Etos BV i Albert Heyn Supermart BV*, (Zbiór Orzeczeń 1980, 02511), pkt 26; wyr. Trybunału z dnia 11 grudnia 1980 r. w sprawie 31/80, *NV L'Oréal i SA L'Oréal przeciwko PVBA „De Nieuwe AMCK”*, (Zbiór Orzeczeń, 1980, 03775), pkt 19. Wyr. Trybunału z dnia 10 grudnia 1985 r. w sprawie 31/85, *SA ETA Fabriques d'Ébauches przeciwko SA DK Investment i innym*, (Zbiór Orzeczeń 1985, 03933), pkt 11; wyr. Trybunału z dnia 21 stycznia 1999 r. w połączonych sprawach C-215/96 oraz C-216/96, *Carlo Bagnasco i in. przeciwko Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) i Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)*, (Zbiór Orzeczeń, 1999 I-00135), pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

³¹ Zob. podobnie w szczególności wyr.: *Delimitis*, C-234/89, pkt 19–22; wyr. ETS, z dnia 12 grudnia 1995 r. w sprawie C-399/93., *H. G. Oude Luttikhuis i inni przeciwko Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, (Zbiór Orzeczeń 1995 I-04515), pkt 10; wyr. ETS z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL przeciwko Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, (Zbiór Orzeczeń 2006 I-11125) pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

wywierać na banki autoryzujące płatność przy negocjacjach opłat za ich obsługę. Sąd mógł zatem słusznie dojść do wniosku, że WOI wywołują skutki ograniczające konkurencję.

3. *Cartes Bancaires*³²

W kontekście omawianego wyżej orzeczenia *Allianz Hungaria* warto również przyjrzeć się bliżej orzeczeniu w sprawie *Cartes Bancaires*, w którym Trybunał ponownie rozważał kwestię tego, kiedy możemy uznać, że umowa ma antykonkurencyjny cel na mocy art. 101 (1) TFUE. TSUE wskazał m.in. na konieczność zawężającej interpretacji porozumień ograniczających konkurencję do co celu. Trybunał ostrzegł ponadto przed nadmiernym „poleganiem” na koncepcie porozumień mających za cel naruszenie konkurencji i przypomniał, że istnieją pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorcami, które szkodzą konkurencji, niezależnie od skutków tych działań.

W szczególności, „ograniczenie ze względu na cel” ma miejsce dopiero wtedy, gdy brzmienie porozumienia, jego cele i kontekst, wskazują na wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, tak że ze swej natury porozumienie to zmierza do znacznej zmiany struktury rynku. TSUE potwierdził również, że jeżeli umowa dotyczy rynku dwustronnego (takiego jak rynek systemów płatności) lub innych powiązanych rynków, jego zdolność do naruszenia konkurencji musi być wykazana na wszystkich tych rynkach.

W ramach omawianej sprawy Trybunał musiał przede wszystkim rozstrzygnąć czy Sąd miał prawo uznać, nie naruszając przy tym prawa, że rozpatrywane środki miały na „celu” ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE), w sytuacji, gdy w sprawie Sąd odstąpił od zbadania skutków tych środków dla konkurencji, mimo że w spornej decyzji Komisja Europejska, po przeprowadzeniu pogłębionej analizy, stwierdziła, iż antykonkurencyjny charakter środków przejawiał się nie tylko w ich celu, lecz także w skutkach.

Wnoszącym odwołanie w tej sprawie było zgrupowanie interesów gospodarczych prawa francuskiego utworzone w 1984 r. – *Groupement des cartes bancaires* (dalej: Groupement), utworzone przez główne francuskie banki wydające karty płatnicze. Powodem jego utworzenia była chęć zapewnienia interoperacyjności systemów płatności i wypłat gotówkowych dokonywanych przy użyciu kart płatniczych (dalej: CB) wydawanych przez jego członków. Owa interoperacyjność oznaczała w praktyce, że używając karty CB wydanej przez członka Groupement, można było dokonywać płatności u wszystkich akceptantów przynależących do systemu za pośrednictwem jakiegokolwiek innego członka lub też dokonywać wypłat z bankomatów wykorzystywanych przez wszystkich pozostałych członków.

Groupement przyjęło w 2002 r. środki cenowe ustalające opłaty za przystąpienie do zgrupowania wobec członków, których działalność w zakresie wydawania kart CB przewyższała działalność w zakresie dołączania nowych akceptantów do systemu, a także wobec członków nieaktywnych lub mało aktywnych. Sąd uznał, w ślad za Komisją, że Groupement wydało decyzję związku przedsiębiorstw wprowadzającą ograniczenie konkurencji „ze względu na cel”. Tym samym doszedł do wniosku, że analiza skutków tych środków dla rynku nie była konieczna.

Rozpatrując odwołanie Groupement od wyroku Sądu, Trybunał w szczególności ustalał czy Sąd słusznie przyjął szerokie ujęcie pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” oraz

³² Wyr. ETS z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires* przeciwko Komisji, dotychczas niepublikowany w Zb. Orz.. Pozyskano z: www.curia.eu.

miał okazję doprecyzowania dotychczasowego, kontrowersyjnego orzecznictwa dotyczącego „ograniczenia i ze względu na cel”, przyjmującego coraz szersze rozumienie tego pojęcia.

Trybunał orzekł w tej kwestii, że Sąd popełnił błędy co do prawa, jako że nie dokonał prawidłowej oceny istnienia ograniczenia konkurencji „ze względu na cel” – pojęcia, które należy interpretować zawężająco i które może być stosowane wyłącznie do niektórych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami. Konkretniej ujmując, o ile Sąd wyłuszczył powody, dla których sporne środki mogły ograniczyć konkurencję ze strony nowych członków na rynku, w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego owo ograniczenie charakteryzuje się stopniem szkodliwości wystarczającym do tego, aby można je było uznać za ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Zważywszy bowiem, że celem tych środków było nałożenie obowiązku ponoszenia opłat na tych członków Groupement, którzy korzystają z nakładów poczynionych przez innych członków w dziedzinie rozwoju autoryzacji i rozliczania w ramach systemu CB, takiego celu nie można uznać zdaniem Trybunału za ze swej istoty szkodliwy dla normalnego funkcjonowania gry rynkowej.

Trybunał podkreślił, że aby ocenić czy dane porozumienie między przedsiębiorcami czy też decyzja związku przedsiębiorstw wykazuje stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za ograniczenia konkurencji ze względu na cel, należy skupić się na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki porozumienie to się wpisuje. W ramach oceny takiego kontekstu należy wziąć pod uwagę również charakter dóbr lub usług których porozumienie to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku/rynków.

Trybunał ustalił ponadto, że analizując opcje udostępniane członkom Groupement w celu zapewnienia interoperacyjności systemów płatności i wypłat gotówkowych, Sąd dokonał w rzeczywistości oceny potencjalnych skutków środków, a nie ich celu, unaoczniając tym samym fakt, że nie można uznać rozpatrywanych środków za szkodliwe „ze względu na ich charakter” dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry rynkowej. Wobec powyższego Trybunał przekazał sprawę Sądowi do ponownego rozpoznania, aby ustalił on czy rozpatrywane porozumienia skutkują ograniczeniem konkurencji w rozumieniu art. 81 WE (obecnie art. 101 TFUE).

Zgodzić należy się z Trybunałem, który podważył stanowisko Sądu uznające, iż pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” nie można interpretować „zawężająco”. Akceptacja takiego stanowiska oznaczałaby bowiem nadanie relatywnie szerokich ram (zakresu przedmiotowego) zakazowi z art. 101 ust. 1 TFUE, pozwalając na uproszczone kwalifikowanie przedmiotowo nieograniczonego kręgu porozumień jako tych mogących podlegać uznaniu, iż są zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel w rozumieniu tego przepisu.

Podkreślono, że błędem w ocenie Sądu był brak rozróżnienia właściwego w sprawie rynku z kwestią kontekstu, jaki należy uwzględnić przy ustalaniu czy treść danego porozumienia, czy też decyzji związku przedsiębiorstw świadczy o istnieniu ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 TFUE).

Czy dane porozumienie należy zaliczyć do tego, które ma na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, czy też skutkuje ograniczeniem konkurencji w rozumieniu tego przepisu, każdorazowo decydować mają (negatywne dla rynku – konkurencji) skutki tego porozumienia. W tym pierwszym przypadku są to skutki prawdopodobne (przyszłe), których nie trzeba udowadniać, natomiast w tym drugim – decydować mają skutki faktyczne,

które należy wykazać. Teza ta potwierdza, że art. 101 ust. 1 TFUE nie może być interpretowany literalnie.

Nadal, poza zaledwie kilkoma jasnymi przykładami, na które powołuje się komentowane orzeczenie pozostaje pytanie, jak można ocenić czy porozumienie lub praktyka ma „wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji”, aby mieć na celu ograniczenie konkurencji? Poza oparciem się na doświadczeniu, wymaga to podjęcia pewnej analizy. Nie jest bowiem dopuszczalne samo stwierdzenie przez organy antymonopolowe (aby ułatwić sobie stwierdzenie naruszenia), że porozumienie ma ze swej natury negatywne skutki dla konkurencji.

4. SIA Maxima Latvija³³

Jednym z ostatnich przykładów analizy porozumień wertykalnych i kwestii rozróżnienia celu i skutku porozumienia jest wyrok wydany w dniu 26 listopada 2015 r. przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie dotyczącej umów dzierżawy powierzchni handlowych w centrach handlowych. Wyrok został wydany w trybie prejudycjalnym w odpowiedzi na zapytanie łotewskiego Sądu Najwyższego, który rozpatrywał w kolejnej instancji sprawę kary nałożonej przez łotewski organ ochrony konkurencji – *Konkurences padome* na SIA „Maxima Latvija”.

Maxima Latvija jest łotewską spółką prowadzącą sklepy wielkopowierzchniowe głównie z artykułami spożywczymi. Zawarła ona ze znajdującymi się na Łotwie centrami handlowymi wiele umów dzierżawy powierzchni handlowych i zajmuje zazwyczaj największą lub najważniejszą część powierzchni danego centrum handlowego.

Po przeanalizowaniu wielu umów dzierżawy, łotewski organ ochrony konkurencji stwierdził, że 12 z nich zawierało postanowienie przyznające spółce Maxima Latvija jako „kluczowemu najemcy” (*anchor tenant*, fr. *locataire de reference*) uprawnienie do wyrażenia zgody wobec wynajmu osobom trzecim powierzchni handlowych niewynajętych tej spółce.

Łotewski *Konkurences padome* uznał, że umowy dzierżawy stanowią porozumienia wertykalne w rozumieniu łotewskiego odpowiednika art. 101 TFUE. Wskazał, w swojej decyzji, że są to porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na cel i nałożył na Maxima Latvija karę pieniężną.

Trybunał w swojej analizie odniósł się do kwestii czy umowa dzierżawy znajdującego się w centrum handlowym lokalu wielkopowierzchniowego, która zawiera postanowienie uprawniające najemcę do sprzeciwienia się wynajmowi – znajdujących się w tym centrum – powierzchni handlowych innym najemcom, nie skutkuje sama w sobie tym, że celem tej umowy jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia.

Trybunał stwierdził, że umowy, takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym nie zaliczają się do porozumień, w odniesieniu do których przyjęto, iż można je uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji z uwagi na sam ich charakter.

Art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w taki sposób, że okoliczność, iż umowa dzierżawy znajdującego się w centrum handlowym lokalu wielkopowierzchniowego zawiera postanowienie uprawniające najemcę do sprzeciwienia się wynajmowi znajdujących się w tym centrum powierzchni handlowych innym najemcom, nie skutkuje sama w sobie tym, że celem tej umowy

³³ Wyr. ETS z dnia 26 listopada 2015 r., w sprawie C-345/14 SIA „Maxima Latvija” przeciwko *Konkurences padome*, dotychczas niepublikowany w Zbiór Orzeczeń. Pozyskano z: www.curia.eu.

jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia. Konieczne jest dokonanie analizy kontekstu ekonomicznego porozumienia.

Odnośnie do pytania drugiego, dotyczącego kontekstu oceny wpływu porozumienia na konkurencję, po przywołaniu *in extenso* poprzednich orzeczeń, a w szczególności wyroku w sprawie *Delimitis*, Trybunał wskazał, że ocena wpływu powinna brać pod uwagę całokształt czynników warunkujących dostęp do rynku właściwego tak, aby móc ocenić rzeczywiste i potencjalne bariery wejścia na stałe na obszar oddziaływania handlowego objętych tymi umowami centrów, w szczególności poprzez zajęcie przestrzeni handlowych w znajdujących się na tym obszarze innych centrach handlowych czy też innych przestrzeni handlowych poza tymi centrami. W tym celu – w opinii Trybunału – należy w szczególności uwzględnić dostępność i przystępność nadających się do sprzedaży gruntów znajdujących na danych obszarach oddziaływania handlowego, a także – bariery ekonomiczne, administracyjne i prawne stojące na przeszkodzie wejściu nowych konkurentów na te obszary.

Dodatkowo, w kontekście analizy warunków oceny swobodnej gry podaży i popytu na rynku właściwym, Trybunał wskazał, że konieczna jest analiza liczby i wielkości obecnych na tym rynku podmiotów gospodarczych, a także – stopnia koncentracji tego rynku, przywiązania klientów do istniejących na nim marek oraz funkcjonujących na nim modeli konsumpcji. Trybunał podkreślił również, że konieczne jest uwzględnienie pozycji rynkowej stron takiej umowy oraz długość jej trwania.

Dopiero jeśli po przeprowadzeniu pogłębionej analizy kontekstu ekonomicznego i prawnego, w jaki wpisują się rozpatrywane w postępowaniu głównym umowy, a także cech szczególnych rynku referencyjnego, stwierdzone zostanie, że dostęp do tego rynku został utrudniony ze względu na funkcjonowanie na nim szeregu podobnych umów, konieczne będzie przeprowadzenie analizy, w jakim zakresie umowy te przyczyniają się do ewentualnego wprowadzenia barier na tym rynku, przy czym oczywiście zakazane są tylko umowy, które przyczyniają się do tego w znaczący sposób³⁴. To, w jakim stopniu każda z rozpatrywanych w postępowaniu głównym umów przyczynia się do wystąpienia tego skumulowanego skutku polegającego na zablokowaniu dostępu do rynku, jest uzależnione od zajmowanej przez strony umów pozycji rynkowej oraz czasu, na jaki umowy te są zawierane³⁵.

Wskazuje się, że w omawianym orzeczeniu Trybunał zwrócił się w kierunku rozróżnienia porozumień zakazanych ze względu na cel i skutek, podkreślając ich odrębność (Stefanowicz, 2016), co niewątpliwie jest dobrym ruchem po zamieszczeniu wywołanym poprzednimi orzeczeniami i asekuracyjnym wskazywaniem możliwych antykonkurencyjnych skutków niejako „na wypadek” nieuznania porozumienia za niedozwolone ze względu na cel³⁶. Wydaje się jednak, że Trybunał nie wykorzystał w pełni potencjału sytuacji i nie wyznaczył przejrzystych kryteriów oceny, które pomogłyby wrócić do stosowania klasycznego podziału i rozwiąły narastające wątpliwości w tej kwestii.

³⁴ Zob. analogicznie wyr. *Delimitis*, C-234/89, pkt 23, 24.

³⁵ Zob. analogicznie wyr. *Delimitis*, C-234/89, pkt 25.

³⁶ *Ibidem*.

5. Toshiba³⁷

Sprawa *Toshiba Corporation* przeciwko *Komisji Europejskiej* dotyczyła tzw. umowy dżentelmeńskiej zawartej przez producentów transformatorów mocy. W spornej decyzji, od której wniesiono odwołanie, Komisja Europejska stwierdziła istnienie kartelu obejmującego terytorium całego EOG i Japonii. Tym razem porozumienie zawarte pomiędzy europejskimi i japońskimi producentami transformatorów mocy miało charakter ustny – kartel zawarty pomiędzy europejskimi i japońskimi producentami transformatorów mocy miał na celu wzajemne respektowanie rynków w obrębie terytoriów każdej z tych dwóch grup producentów poprzez odstąpienie od sprzedaży na tych rynkach. Komisja zakwalifikowała sporne porozumienie jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. W związku z wniesieniem odwołania przez Toshiba, Trybunał ponownie dokonał analizy zagadnienia celu i skutku porozumienia.

Przedsiębiorstwa objęte omawianym postępowaniem podnosiły argument, że porozumienie nie miało wpływu na konkurencję, gdyż producenci japońscy i europejscy nie konkurowali ze sobą ze względu na niemożliwe do pokonania bariery wejścia na rynek transformatorów mocy. W ocenie skarżących sąd I instancji naruszył prawo, uznając umowę dżentelmeńską za ograniczenie konkurencji ze względu na cel i opierając się w tym względzie na stosunku potencjalnej konkurencji między japońskimi i europejskimi producentami – zdaniem Toshiba sąd niesłusznie wywnioskował istnienie takiego stosunku potencjalnej konkurencji, po pierwsze, wobec niemożliwych do pokonania barier wejścia na rynek europejski, a po drugie z samego faktu istnienia umowy dżentelmeńskiej. Dokonując analizy tych barier, Trybunał odrzucił argument, jakoby właściwości i sposób funkcjonowania rynku czyniły wejście japońskich producentów na terytorium EOG ekonomicznie nieopłacalnym. Zdaniem Trybunału, skoro nie istniały niemożliwe do pokonania bariery wejścia na rynek (europejski), wykluczające wszelką potencjalną konkurencję ze strony japońskich producentów, a art. 101 TFUE chroni również konkurencję potencjalną, umowa dżentelmeńska mogła ograniczyć konkurencję.

W uzasadnieniu wyroku TSUE potwierdził (odwołując się swojego wcześniejszego orzecznictwa³⁸) stanowisko, że aby ocenić czy dane porozumienie między przedsiębiorcami wykazuje stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, należy skupić się na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym w jaki porozumienie to się wpisuje. Trybunał potwierdził też, że porozumienia w sprawie podziału rynków stanowią szczególnie poważne naruszenia konkurencji, które mają same w sobie cel polegający na ograniczeniu konkurencji i należą do kategorii porozumień wyraźnie zakazanej przez art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ taki cel nie może być uzasadniony na podstawie analizy kontekstu gospodarczego, w który wpisuje się rozpatrywane antykonkurencyjne zachowanie. W odniesieniu do takich porozumień, analiza kontekstu gospodarczego i prawnego może zatem ograniczyć się do tego, co jest ściśle konieczne w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel. TSUE zaaprobował też stanowisko Sądu I instancji, że umowa dżentelmeńska stanowiła

³⁷ Wyr. TSUE z dnia 20 stycznia 2016 r., w sprawie C-373/14 P, *Toshiba Corporation* przeciwko *Komisji*. Pozyskano z: www.curia.europa.eu.

³⁸ Wyr. ETS z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-172/14, *ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA* przeciwko *Consiliul Concurenței*, pkt 33. Pozyskano z: www.curia.europa.eu.

„poważną poszlakę wskazującą na istnienie konkurencyjnego stosunku” między dwoma grupami producentów, co stanowi element właściwego kontekstu gospodarczego i prawnego porozumienia.

Zgodnie z orzeczeniem TSUE w sprawie *Toshiba* przeciwko *Komisji*, badanie kontekstu prawnego i ekonomicznego porozumienia może być ograniczone, jeżeli umowa wyraźnie ma na celu ograniczenie konkurencji, ale powinno być bardziej szczegółowe, kiedy istnieją jakieś wątpliwości co do możliwości uznania jej za ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Oznaczałoby to, że na gruncie powyższego orzeczenia TSUE można by wyróżnić trzy główne rodzaje porozumień naruszających zakaz zawarty w art 101 (1) TFUE: (i) te, które w tak oczywisty sposób ograniczają konkurencję, że mogą być uznane za ograniczające konkurencję ze względu na cel, bez konieczności jakiegokolwiek realnej oceny ich kontekstu prawnego i gospodarczego; (ii) te, które mogą ograniczać konkurencję ze względu na cel, ale w stosunku do których konieczne jest przeprowadzenie szczegółowej oceny kontekstu prawnego i gospodarczego, aby dojść do odpowiedniego wniosku; oraz (iii) te, które nie stanowią ograniczenia ze względu na cel, ale stanowią naruszenie zakazu określonego w art. 101 (1) TFUE, ponieważ możliwe jest wykazanie ich antykonkurencyjnych skutków.

Orzeczenie to rozwiało nadzieje na ustalenie przejrzystego katalogu przesłanek, które powinny zostać zbadane przy kwalifikacji porozumienia jako zakazanego ze względu na cel. Było to zadziwiające, zwłaszcza ze względu na precyzyjny wywód przedstawiony przez Rzecznika Generalnego. M. Watheleta³⁹, w którym dokonał on próby pogodzenia utrwalonego orzecznictwa TSUE i poglądów zawartych w nowszych orzeczeniach, m.in. w omówionym wyżej *Allianz Hungaria Biztosító*. We wskazanym przez niego modelu analizy szczegółowe badanie kontekstu gospodarczego i prawnego dokonywane jest dopiero, gdy porozumienie nie zmieści się w klasycznym zbiorze porozumień zakazanych ze względu na cel zawartym w art. 101 ust. 1 TFUE.

6. Sfinks⁴⁰

W dniu 16 grudnia 2015 r. Sąd Apelacyjny (VI ACa 1799/14) wydał interesujący i długo oczekiwany wyrok sprawie zasadności uznania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konkurencji w decyzji DOK-1/2013 z dnia 25 czerwca 2013 r. – podtrzymanej przez Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – klauzul umownych zawartych w umowach franczyzowych sieci *Sfinks* jako niedozwolonego porozumienia cenowego, które narusza konkurencję. W wyniku apelacji wyrok SOKiK został uchylony, a sprawa skierowana do ponownego rozpoznania.

Sprawa dotyczyła systemu franczyzowego *Sfinks*, który w proponowanych umowach franczyzowych zawierał obowiązek sprzedaży produktów według ustalonych przez niego cen. W praktyce *Sfinks*, jako organizator sieci, ustalał dwa cenniki produktów dla restauracji (droższy był dla większych miast i kurortów turystycznych) i razem z franczyzobiorcą podejmowali decyzję, który cennik będzie stosowany dla danego sklepu. Niestosowanie się do cennika było zagrożone karą umowną.

Głównym powodem uchylenia wyroku SOKiK był brak odniesienia się do określenia przez Prezesa UOKiK rynku właściwego i niezbadanie przez SOKiK czy zachodzi wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1 uokik.

³⁹ Opinia Rzecznika Generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 25 czerwca 2015 r. w sprawie C-373/14 P, *Toshiba Corporation* przeciwko *Komisji Europejskiej*. Pozyskano z: www.curia.eu, pkt 75–91.

⁴⁰ Wyr. SA w Warszawie z dnia 16 grudnia 2015 r., VI ACa 1799/14.

Sąd odrzucił argumenty sieci Sfinks „zmierające do wykazania, że istnienie dwóch cenników i aktywne działanie wszystkich podmiotów w zakresie ustalenia wartości cenowych powoduje, że można mówić co najwyżej o wskazywaniu cen maksymalnych, a nie ustalaniu cen sztywnych”.

Jednakże, Sąd Apelacyjny niestety nie kwestionował kwalifikacji, że umowy sieci z francyzobiorcami stanowiły (ze względu na cel – *per se*) porozumienia ograniczające konkurencję bez konieczności wykazywania skutków ekonomicznych takiego porozumienia. Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu swego stanowiska powołał się na orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r. III SK 21/11), w którym SN stwierdził, że „pionowe porozumienia, których przedmiotem jest ustalenie sztywnej ceny odsprzedaży uważane są generalnie za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji”.

Sąd Apelacyjny przywołał argumenty wskazujące, że porozumienia ustalające sztywne ceny sprzedaży budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji *in abstracto*, niezależnie od tego, jakie wartości w danym systemie prawnym uważane są za godne ochrony. Uzasadnia to utrzymanie stanowiska, zgodnie z którym tego rodzaju porozumienia należą do porozumień zakazanych ze względu na cel.

Istnieje – zdaniem przywołanego przez Sąd Apelacyjny orzecznictwa Sądu Najwyższego – konieczność respektowania ustalonych przez samego ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny tego rodzaju porozumień, wskazując, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy wykonawcze do ustawy akcentują pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz – co wynika z aksjologii ustawy i ustawy zasadniczej (art. 76 Konstytucji) – interesy konsumentów.

III. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszące się do sprzedaży online

1. Ograniczenia sprzedaży dokonywanej przez dystrybutorów

Nowa kategoria porozumień ograniczających konkurencję co do celu pojawia się co raz częściej w odniesieniu do porozumień dotyczących dystrybucji w sieci.

Dotychczas Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) miał okazję wypowiedzieć się na temat ograniczania sprzedaży aktywnej we francuskiej sprawie dotyczącej systemu dystrybucji *Pierre Fabre*⁴¹. System ten zakładał, że sprzedaż artykułów kosmetycznych i pielęgnacyjnych powinna się odbywać obowiązkowo w obecności dyplomowanego farmaceuty, mimo że nie były to leki. W konsekwencji tego wymogu faktycznie wprowadzony został zakaz wykorzystania Internetu dla celów tego typu sprzedaży. TSUE ocenił, że klauzula ta stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, jeżeli klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona.

W innej francuskiej sprawie dotyczącej systemu dystrybucji selektywnej *Bang & Olufsen*⁴², nałożony na autoryzowanych dystrybutorów zakaz odsprzedaży na odległość, w tym zakaz sprzedaży przez Internet, został uznany przez organ antymonopolowy za porozumienie co do celu.

⁴¹ Wyr. ETS z 13 października 2011 r., w sprawie C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS* przeciwko *Président de l'Autorité de la concurrence i Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*. Pozyskano z: www.curia.europa.eu.

⁴² Wyr. Trybunału Apelacyjnego w Paryżu, 13 marca 2014 r., *Bang & Olufsen* przeciwko *Francuski Organ Konkurencji*. Odwołanie od decyzji l'Autorité de la Concurrence 12-D-23 z dnia 12 grudnia 2012 r.

W Polsce, w sprawie dotyczącej systemu dystrybucji wózków dziecięcych, Prezes UOKiK zakwestionował postanowienie: „Wszelkie formy sprzedaży przez Internet lub za pośrednictwem handlu niestacjonarnego (sprzedaż wysyłkowa itp.) są zakazane ze względu na wymóg odnośnie indywidualnego doradztwa w momencie sprzedaży produktu. Dopuszczalne są marketing i publikowanie informacji o produktach w Internecie”.

Jednakże, zaakceptował zobowiązanie przedsiębiorcy do zmiany tej klauzuli, w taki sposób, że brzmiała: „Sprzedaż przez Internet jest dozwolona. Dostawa (odbior) towaru następuje w punkcie sprzedaży Specjalistycznego Sprzedawcy lub pod adresem wskazanym przez Nabywcę. W każdym przypadku Specjalistyczny Sprzedawca jest zobowiązany do zapewnienia indywidualnego doradztwa oraz przeszkolenia (w zakresie bezpiecznego złożenia oraz używania wózka) w momencie dostawy produktu.

W przypadku dostarczenia towaru pod adres wskazany przez Nabywcę, Specjalistyczny Sprzedawca może pobrać od Nabywcy dodatkową opłatę, która odpowiada poniesionym przez niego rzeczywistym kosztom. Specjalistyczny Sprzedawca oświadcza, że w przypadku sprzedaży przez Internet, momentem, od którego rozpoczyna się dla Nabywcy bieg terminu na odstąpienie od umowy (art. 27 ustawy z dnia 30 maja 2014 r., o prawach konsumenta) jest moment wydania towaru”.

2. Ograniczanie odsprzedaży na platformach należących do osób trzecich

Inną stroną problemu kwestii celu/skutku porozumień jest kwestia ograniczenia prawa dystrybutorów do odsprzedaży na platformach należących do podmiotów trzecich.

W decyzji dotyczącej *Asics*⁴³, która dotyczyła zakazów sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych osób trzecich w systemie dystrybucji selektywnej i wykorzystania marki *Asics*, Bundeskartellamt stwierdził, że w konsekwencji wyroku w sprawie *Pierre Fabre*, producenci nie mogą już uznawać, że system dystrybucji selektywnej jest uzasadniony koniecznością ochrony marki bądź luksusowej opinii. Analogiczny sposób myślenia wydaje się mieć zastosowanie do platform sprzedażowych. Mimo zaakceptowania możliwości ograniczenia odsprzedaży w latach 2009–2010 przez sądy w Karlsruhe i Monachium, obecnie orzecznictwo niemieckie wydaje się zmierzać również w stronę zaprzeczenia tej możliwości (Heinz, 2016).

Komisja Europejska, w swoich Wytycznych z 2010 roku (par. 54) wskazuje, że dostawca może nakładać na dystrybutorów obowiązek, aby w procesie dystrybucji wykorzystywali platformy osób trzecich jedynie zgodnie ze standardami i warunkami uzgodnionymi przez dostawcę i jego dystrybutorów.

W 2013 r. niemiecki Bundeskartellamt przeanalizował system dystrybucji selektywnej *Sennheiser*⁴⁴, ponieważ obejmował on zakaz sprzedaży za pośrednictwem platformy osób trzecich, w tym platformy Amazon, choć ten ostatni był autoryzowanym dystrybutorem *Sennheiser*. W toku postępowania *Sennheiser* zniósł zakaz sprzedaży za pośrednictwem Amazon, a Bundeskartellamt zakończył postępowanie.

⁴³ Decyzja Bundeskartellamt z 26 sierpnia 2015 r., w sprawie B2 – 98/11, *Asics*. Pozyskano z: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2016/16_02_2016_Casesummary_ASICS.html.

⁴⁴ Streszczenie z 24 października 2013 r., decyzji Bundeskartellamt B-7-1/13/35. Pozyskano z: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B7-1-13-35.html>.

W sprawach dotyczących *Adidas* i *Asics* odpowiednio w 2014 i 2015, w toku postępowania prowadzonego przez Bundeskartellamt okazało się, że w systemach dystrybucji selektywnej organizowanych przez tych producentów wprowadzone zostały zakazy sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych osób trzecich. *Adidas* wyeliminował sporne klauzule, zaś w przypadku *Asics* Bundeskartellamt wydał w sierpniu 2015 r. decyzję, w następstwie której *Asics* zmienił swój system.

Natomiast w 2013 r. w Berlinie i Szlezwiku sądy odrzuciły możliwość zakazywania sprzedaży za pośrednictwem platformy internetowej podmiotu trzeciego.

W grudniu 2015 r. sąd apelacyjny we Frankfurcie uznał, że zakaz odsprzedaży za pomocą platformy Amazon wprowadzony przez producenta plecaków nie narusza prawa konkurencji, ponieważ był uzasadniony jako element jakościowego systemu dystrybucji selektywnej, a sprzedaż przez Amazon nie spełniała wymogów jakościowych dotyczących uzyskania specjalistycznej porady przez kupującego w momencie sprzedaży.

W związku z istniejącymi rozbieżnościami w orzecznictwie niemieckim, w innej sprawie – dotyczącej selektywnego systemu dystrybucji produktów luksusowych *Coty*⁴⁵ – sąd apelacyjny we Frankfurcie zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Informacja o wpływie pytania pojawiła się 25 kwietnia 2016 r. Sprawa dotyczy jakościowych kryteriów nałożonych w związku z utrzymaniem luksusowego charakteru marki. Zadane pytania dotyczyły m.in. możliwości uzasadnienia systemu dystrybucji selektywnej z uwagi na luksusowy charakter marki, możliwości wprowadzenia generalnego zakazu odsprzedaży na platformach podmiotów trzecich. Nie ulega wątpliwości, że ten wyrok powinien wyjaśnić wiele kwestii opisanych powyżej.

Omówione sprawy wskazują, że pojawiła się nowa kategoria porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji w odniesieniu do dystrybucji w sieci.

IV. Wnioski

Można uznać, że ostatnie orzecznictwo TSUE potwierdza, że w przypadku braku możliwości uznania porozumienia za ograniczające konkurencję ze względu na cel, konieczne jest przeprowadzenia rozbudowanej analizy ekonomiczno-prawnej dla oceny jego ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, a analiza powinna wiązać się także z badaniem wielu pobocznych aspektów o charakterze podmiotowo-przedmiotowym. Za ugruntowane należy przyjąć też założenie o konieczności zbadania kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się porozumienie o potencjalnie antykonkurencyjnym celu.

Jednocześnie wydaje się, że wciąż aktualna i zauważalna pozostaje tendencja do rozszerzania katalogu porozumień uznawanych za porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na cel, przy jednoczesnej rozbudowanej analizie skutku porozumienia. Coraz istotniejsza wydaje się konieczność wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy dwoma rodzajami porozumień i doprecyzowania kryteriów, które powinny być brane pod uwagę w trakcie analizy.

Poglądy wyrażane w ostatnich latach w orzecznictwie TSUE wskazują bardzo powolne odejście od tendencji do poszerzania kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na skutek. Wydaje się, że wciąż mamy do czynienia z szerokim rozumieniem porozumień zakazanych co do celu i systematycznym poszerzaniem katalogu tych porozumień na gruncie orzecznictwa.

⁴⁵ Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Niemcy) w dniu 25 kwietnia 2016 r. – *Coty Germany GmbH / Parfümerie Akzente GmbH* w sprawie C-230/16.

W kontekście wątpliwości, które pojawiają się wciąż na gruncie orzecznictwa zarówno polskiego, jak i unijnego zasadne byłoby podjęcie próby skonstruowania bardziej precyzyjnego katalogu porozumień zakazanych ze względu na cel oraz dookreślenia okoliczności ekonomicznych, prawnych, biznesowych itp. odnoszących się do porozumienia i występujących w danej sprawie, które należałoby analizować, rozważając czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji. Bez wątpienia zasadne jest poszukiwanie pewnych modelowych rozwiązań, które ułatwią taką analizę tak przedsiębiorcom, jak i sędziom – zwłaszcza w bardziej skomplikowanych sprawach, w których konieczne jest uwzględnianie szeroko pojętego otoczenia ekonomiczno-prawnego porozumienia.

W ostatnim orzecznictwie wciąż bowiem zaobserwować można tendencję do przyjmowania uproszczeń zakładających, że jeśli nie ma pewności co do zasadności kwalifikacji porozumienia jako ograniczającego konkurencję co do celu, to niejako „pomocniczo” wskazuje się na możliwy równoległy antykonkurencyjny skutek. Dochodzi w tym zakresie do zatarcia się granicy pomiędzy dwoma rodzajami porozumień, co doskonale ilustruje analizowane orzeczenie w sprawie *Allianz Hungaria* wskazujące na konieczność rozbudowanej analizy „celu” za pośrednictwem „skutku” porozumienia.

Bibliografia

- Bolecki, A. (2012). Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej. *iKAR*, 3(1).
- Colomo, P.I. i Lamadrid de Pablo, A. (2016). *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*. Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831 (23.11.2016).
- Heinz, S. (2016). *Ban on sales via third-party internet platforms in Germany and Pierre Fabre – recent referral to the Court of Justice*. Pozyskano z: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/06/06/ban-on-sales-via-third-party-internet-platforms-in-germany-and-the-impact-of-pierre-fabre-on-selective-distribution-referral-to-the-court-of-justice-in-coty/>.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2009). W: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kohutek, K. (2016). Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży. W: T. Skoczny (red.), *Prawo Konkurencji. 25 lat*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kohutek, K. i Sieradzka, M. (2008). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Miąsik, D. (2004). Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawno-porównawcze. Kraków: Zakamycze.
- Miąsik, D. (2009). Glosa do wyroku TS z dnia 20 listopada 2008 r., C-209/07. *Europejski Przegląd Sądowy*, 8(50–58). Pozyskano z: <http://www.lex.pl/eps-akt/-/akt/glosa-do-wyroku-ts-z-dnia-20-listopada-2008-r-c-20907> (22 sierpnia 2016).
- Petit, N. (2016). The EU Court of Justice reaffirms the distinction between the anticompetitive effect-object of an agreement caught under the prohibition in Article 101(1) TFEU without setting out clearer terms

of demarcation between the two disjunctive conditions (Allianz). *e-Competitions*, 58712. Pozyskano z: www.concurrences.com.

Peeperkorn, L. (2015). Defining “by object” restrictions. *Concurrences*, 3, 40–50.

Podrecki, P. (2014). W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom 15. *Prawo konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Sieradzka, M. (2012). *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.

Stawicki, A. (2012). Porozumienia zakazane z uwagi na cel lub skutek. *iKAR*, 1(1).

Stawicki, A. i Stawicki E. (red.). (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Stefanowicz, O. (2016). Klauzule antykonkurencyjne w umowach najmu lokali wielkopowierzchniowych w galeriach handlowych. *iKAR*, 1(5), 153.

Turno, B. (2012). Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji. *KPP*, 2.

Turno, B. (2013). *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Vedder, H. (2016). The EU Court of Justice rules on the dichotomy between anticompetitive object-effect with respect to bilateral arrangements between car dealers and insurance companies. *e-Competitions*, 58656. Pozyskano z: www.concurrences.com.