

## Klauzule antykonkurencyjne w umowach najmu lokali wielkopowierzchniowych w galeriach handlowych.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej  
z dnia 26 listopada 2015 r.

w sprawie C-345/14 *SIA Maxima Latvija*  
przeciwko *Konkurences padome*

### I. Wstęp

Przedmiotem glosy jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) wydany w dniu 26 listopada 2015 r. w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, skierowane przez łotewski sąd rozpatrujący sprawę w wyniku wniesienia skargi kasacyjnej przez *SIA Maxima Latvija* (dalej: Maxima Latvija lub Spółka), łotewską spółkę prowadzącą sklepy wielkopowierzchniowe w sektorze handlu detalicznego. Inicjując postępowanie odwoławcze, Spółka zanegowała uznanie przez sąd administracyjny, że porozumienie podpisane przez nią jako stroną umów dzierżawy lokali handlowych<sup>1</sup>, zawierające klauzulę uzależniającą zawarcie kolejnych umów dzierżawy z potencjalnym konkurentem Spółki (zajmującej największą czy też najbardziej strategiczną powierzchnię centrum handlowego) od jej uprzedniej zgody, należy zaklasyfikować jako porozumienie wertykalne pomiędzy przedsiębiorcami, którego celem jest uniemożliwienie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE (a odpowiednio art. 11 łotewskiej ustawy o ochronie konkurencji).

Problem, którym zajął się Trybunał, jest interesujący ze względów praktycznych. Powszechność występowania wielkopowierzchniowych sklepów handlowych w obecnej rzeczywistości gospodarczej, jak również masowość zawierania umów dzierżawy na potrzeby gospodarczego wykorzystania znajdujących się w nich lokali sprawia, że z wysokim prawdopodobieństwem rozstrzygnięcia zawarte w wyroku niechybnie oddziaływać będą na analogiczne relacje pomiędzy polskimi przedsiębiorcami.

Komentowane orzeczenie podaje w wątpliwość zgodność z regułami konkurencji umów zawierających klauzule wprowadzające bariery dostępu do powierzchni znajdujących się w centrach handlowych. O ile przez przedsiębiorców klauzule te rozumiane są jako forma dopuszczalnej ochrony interesów handlowych w pobliżu przestrzeni, w której prowadzą działalność komercyjną, o tyle organy antymonopolowe te same klauzule interpretują odmiennie – jako potencjalnie przyczyniające się do blokowania dostępu do rynku. Zdaniem Trybunału zaś ocena, w jakim stopniu każda z umów przyczynia się do wprowadzenia tych barier, powinna stać się przedmiotem zindywidualizowanej analizy.

Niezależnie jednak od perspektywy spojrzenia na problem, z uwagi na skalę zaangażowania przedsiębiorców w stosunki obligacyjne dotyczące najmu powierzchni handlowych, a także

<sup>1</sup> Pojęcia umowy dzierżawy oraz umowy najmu będą przez autorkę stosowane zamiennie, z uwagi na rozbieżności znaczeniowe angielskich terminów „lease agreement” oraz „anchor tenant”, o których mowa w wyroku; zob. Ożga, 2006, s. 295 i 485.

złożoność kryteriów podlegających ocenie, na które w komentowanym wyroku zwrócił uwagę Trybunał, znajomość mierników ewentualnego naruszenia przez przedsiębiorców reguł prawno-konkurencyjnych wydaje się być konieczna zarówno dla przedsiębiorców aktywnych w sektorze handlu detalicznego, jak i prawników świadczących na ich rzecz obsługę prawną.

## II. Stan faktyczny

Orzeczenie wydane zostało w ramach sporu, jaki zaistniał pomiędzy łotewskim organem ochrony konkurencji a spółką *Maxima Latvija* na skutek nałożenia na tę spółkę sankcji za zawarcie z centrami handlowymi umów dzierżawy zawierających postanowienia o celu antykonkurencyjnym. Artykuł 11 ust. 1 *Konkurences likums* (łotewskiej ustawy o ochronie konkurencji, dalej: kl) odpowiada brzmieniem treści zawartej w art. 101 ust. 1 TFUE, zakazując wszelkich porozumień pomiędzy podmiotami gospodarczymi, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na terytorium państwa łotewskiego, w tym porozumień dotyczących „(...) działań (lub zaniechań), w konsekwencji których inny podmiot gospodarczy zostaje zmuszony do opuszczenia danego rynku lub utrudnione zostaje wejście innego potencjalnego podmiotu gospodarczego na dany rynek”.

Ukarana Spółka, aktywna w sektorze detalicznego handlu artykułami spożywczymi, zawarła ze znajdującymi się na terenie Łotwy centrami handlowymi umowy dzierżawy znajdujących się w nich lokali. Po przeanalizowaniu umów, łotewski organ ochrony konkurencji stwierdził, że 12 z nich zawiera postanowienia o charakterze niedozwolonym, uzależniające dzierżawę niezajętych dotąd powierzchni w centrum handlowym potencjalnym konkurentom Spółki od uzyskania jej uprzedniej zgody. Wskutek uznania, że rozpatrywane postanowienia zawarte w umowach dzierżawy wpisują się w definicję porozumień wertykalnych zmierzających do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji, łotewski organ ochrony konkurencji wydał decyzję, w której przyjął, że porozumienia te naruszają art. 11 ust. 1 pkt 7 kl. Organ uznał jednocześnie, iż wskutek uznania zawartych w umowach klauzul za antykonkurencyjne, a w konsekwencji porozumienia za mające na celu ograniczenie konkurencji, nie ma konieczności wykazywania, że w praktyce porozumienia te utrudniają poszczególnym podmiotom gospodarczym dostęp do rynku. Finalnie, decyzją łotewskiego organu antymonopolowego, na Spółkę nałożona została grzywna wynosząca 25.000 łatów łotewskich (odpowiadająca kwocie około 36 770 EUR).

*Maxima Latvija* wniosła do regionalnego sądu administracyjnego skargę o stwierdzenie nieważności tej decyzji, która to skarga została oddalona. Podobnie jak łotewski organ ochrony konkurencji, sąd uznał bowiem, że organ dokonał prawidłowej oceny prawnej, zwłaszcza z uwagi na siłę rynkową najemcy na rynku sprzedaży detalicznej produktów spożywczych. Od tego rozstrzygnięcia Spółka wniosła skargę kasacyjną do sądu odsyłającego, podnosząc, iż poprzez potwierdzenie dokonanej przez łotewski organ ochrony konkurencji analizy, zgodnie z którą porozumienia miały za cel ograniczenie konkurencji, regionalny sąd administracyjny dopuścił się naruszenia prawa.

Co istotne, wyjściowo sąd odsyłający podkreślił, iż choć bezsporny jest fakt, że porozumienia pozostawały bez wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, celowe jest skierowanie wniosku o wydanie pytania prejudycjalnego z uwagi na zgodność brzmienia art. 11 kl z brzmieniem art. 101 ust. 1 TFUE oraz potrzebę jednolitej wykładni pojęć wywodzących się

z prawa Unii Europejskiej. Pomocniczo sąd uznał również, iż na podstawie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału dotyczącego art. 101 ust. 1 TFUE nie można z całą pewnością ustalić czy porozumienia rozpatrywane w postępowaniu głównym powinny zostać uznane za mające na celu ograniczenie gry rynkowej w rozumieniu tego postanowienia. W tych okolicznościach Sąd Najwyższy postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi pytania prejudycjalne sprowadzające się do dwóch kluczowych kwestii: czy porozumienie, które ogranicza prawo wynajmującego do samodzielnego decydowania, bez konieczności uzyskiwania zgody któregoś z pozostałych najemców, o innych umowach najmu lokali handlowych na rzecz potencjalnych konkurentów najemcy referencyjnego, należy uznać za porozumienie mające za cel ograniczenie konkurencji? Czy przy dokonywanej na te potrzeby analizie uwzględniać należy strukturę rynku, siłę rynkową stron porozumienia oraz jego potencjalne skutki na tym rynku? A dodatkowo w zakresie skutków – czy okoliczność, że porozumienie ma wpływ na rynek może wystarczyć do uznania, iż porozumienie odpowiada pojęciu zakazanego porozumienia, a w konsekwencji dalszą ocenę czy niekorzystne skutki rzeczywiście zaistniały należy uznać za zbyteczną?

### III. Ustalenia prawne Trybunału

Na wstępie Trybunał uznał się za właściwy do rozpoznania przedłożonych pytań. Podkreślił, kontynuując stanowisko przyjęte w wyroku *Allianz Hungaria*<sup>2</sup> oraz w sprawie *FNV Kunsten*<sup>3</sup>, iż wielokrotnie uznawał swoją właściwość do orzekania w przedmiocie wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w zakresie przepisów unijnych w sytuacji, gdy stan faktyczny postępowania głównego sytuował się poza zakresem bezpośredniego stosowania tego prawa, lecz przepisy znajdowały zastosowanie do sprawy za pośrednictwem prawa krajowego, które dostosowuje się ze względu na rozwiązania sytuacji czysto krajowych do rozwiązań przyjętych w prawie Unii Europejskiej<sup>4</sup>. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, w tych przypadkach prymat należy przyznać określonym interesom Unii Europejskiej zakładającym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni nadawać przepisom przejętym z prawa Unii jednolitą z tym prawem interpretację.

Odnosząc się do kwestii zawartych w pytaniach prejudycjalnych, Trybunał rozpoczął od przeniesienia na grunt niniejszej sprawy kluczowego rozróżnienia na porozumienia ograniczające konkurencję co do celu (*object*) oraz skutku (*effect*). Jeśli chodzi o pojęcie ograniczenia konkurencji „ze względu na cel”, Trybunał przypomniał własne rozstrzygnięcie uznające, iż pojęcie to należy interpretować w sposób zawężający i można je stosować tylko do tych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami, które z uwagi na ich charakter są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby można było uznać, iż nie ma konieczności badania ich skutków<sup>5</sup>. Dodatkowo Trybunał przywołał orzecznictwo wskazujące, iż pewne, mające znamiona zmyślenia zachowania, które prowadzą do horyzontalnego ustalania cen uznawać należy za mogące ze swej istoty wywoływać negatywne skutki w szczególności dla ceny, ilości czy jakości

<sup>2</sup> Wyr. TSUE (pierwsza izba) z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni* przeciwko *Gazdasági Versenyhivatal*, pkt 20.

<sup>3</sup> Wyr. TSUE z 4.12.2014 r. w sprawie C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* przeciwko *Staat der Nederlanden*, pkt 18.

<sup>4</sup> Uwagi wstępne w przedmiocie pytań prejudycjalnych, pkt 11–12 wyr.

<sup>5</sup> Zob. pkt 16-18 wyr. oraz wyr. TSUE (trzecia izba) z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB)* przeciwko *Komisji*, pkt 50 i 58; wyr. TSUE (pierwsza izba) z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni* przeciwko *Gazdasági Versenyhivatal*, pkt 35; wyr. Trybunału (trzecia izba) z 20.11.2008 r. C-209/07 *Komisja* przeciwko *Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, pkt 17; wyr. Trybunału (trzecia izba) z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i in.* przeciwko *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, pkt 29; oraz wyr. TSUE z 13.12.2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia Inc.* przeciwko *Autorité de la concurrence i in.*, pkt 36.

towarów czy usług<sup>6</sup>. Jeżeli więc dla celów zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE ustalono, że dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nie ma potrzeby sprawdzać tego, jakie są jego skutki dla konkurencji. Z doświadczenia wynika bowiem, że tego rodzaju zachowania skutkują obniżeniem wielkości produkcji i wyższą cen, pociągając za sobą ostatecznie nieprawidłowy podział zasobów, czego szkodliwe konsekwencje ponoszą w szczególności konsumenci<sup>7</sup>. Ostatecznie, Trybunał uznał, iż klauzula przyznająca dzierżawcy wielkopowierzchniowego lokalu handlowego prawo do sprzeciwienia się zawarciu kolejnych umów najmu z jego potencjalnymi konkurentami nie stanowi porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji w świetle art. 101 ust. 1 TFUE, co nie oznacza jednocześnie, iż nie może ona skutkować ograniczeniem konkurencji w rozumieniu tego przepisu<sup>8</sup>. Samo wprowadzenie tego rodzaju zapisu do umów dzierżawy nie powinno jednak w ocenie Trybunału skutkować twierdzeniem, że celem (czy też przedmiotem) umowy jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia.

Pytania od drugiego do czwartego przeanalizowano łącznie, sprowadzając analizę do zakresu okoliczności, jakie musiałyby zaistnieć, aby umowy dzierżawy mogły zostać uznane za mające znamiona porozumień, których celem bądź skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji. Trybunał rozstrzygnął w tym względzie, że ocena skutku porozumienia dla konkurencji wymaga uwzględnienia kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki ono się wpisuje, w którym to kontekście wraz z innymi porozumieniami może mieć kumulatywny wpływ na konkurencję<sup>9</sup>. W analizowanym przypadku oceny wymagała okoliczność czy potencjalny konkurent ma rzeczywiste możliwości wejścia i stałego uczestnictwa w obszarze oddziaływania handlowego objętego tymi porozumieniami, w szczególności poprzez zajęcie przestrzeni handlowych w innych centrach handlowych, czy innych przestrzeni poza tymi centrami. Zdaniem Trybunału badaniu poddać należy ponadto dostępność i przystępność gruntów znajdujących się na obszarach oddziaływania handlowego, bariery ekonomiczne, administracyjne oraz prawne, z jakimi zmierzyć musiałby się konkurent przy wejściu w ten konkretny obszar działalności handlowej<sup>10</sup>. W kolejnym kroku wyczerpująca analiza wymaga oceny przesłanek warunkujących uznanie, iż mamy do czynienia ze swobodną grą podaży i popytu na rynku referencyjnym, do czego potrzebna jest wiedza o liczbie oraz wielkości aktualnie aktywnych na nim podmiotów gospodarczych, stopniu koncentracji tego rynku, przywiązaniu klientów do istniejących na nim marek oraz już funkcjonujących modelach konsumpcji<sup>11</sup>. Dopiero, gdy w wyniku tak pogłębionej analizy uwzględniającej wymienione konteksty, a także cechy szczególne rynku referencyjnego dojdziemy do przekonania, że dostęp do rynku został ograniczony z uwagi na funkcjonowanie podobnych umów, konieczne będzie przeprowadzenie analizy, w jakim zakresie te umowy przyczyniają się do ewentualnego wprowadzenia barier na rynku (pamiętając że, aby umowy te były zakazane, muszą przyczyniać się do tego w sposób „znaczący”). Bez względu jednak na kompleksową ocenę uwzględniać musi pozycję rynkową stron każdej z umów oraz czasu, na jaki są zawierane<sup>12</sup>. Co istotne, w zgodzie

<sup>6</sup> Wyr. Trybunału z 30.01.1985 r. w sprawie 123/83 *Bureau national interprofessionnel du cognac* przeciwko Guy Clair, pkt 22.

<sup>7</sup> Pkt 19 wyr.

<sup>8</sup> Pkt 24 wyr.

<sup>9</sup> Zob. pkt 26 wyr., a za nim wyr. Sądu z 28.02.1991 r., w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis* przeciwko *Henninger Bräu AG*, pkt 14 i przytoczone tam orzecznictwo; postanowienie Trybunału (szósta izba) z dnia 28 września 2006 r. *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich C-552/03 P*, pkt 84.

<sup>10</sup> Pkt 27 wyr.

<sup>11</sup> Pkt 28 wyr.

<sup>12</sup> Pkt 29 wyr.

z ugruntowanym orzecnictwem Trybunału art. 101 ust. 1 nie ogranicza tej oceny wyłącznie do faktycznych skutków, wskazując na konieczność uwzględnienia również potencjalnych skutków praktyki czy porozumienia dla konkurencji. Dopiero po tak wszechstronnej ocenie całokształtu okoliczności wyliczonych przez Trybunał można stwierdzać czy dane porozumienie cechują znamiona, o których mowa w art. 101 ust. 1 TFUE, a jeśli tak, to w jakim stopniu przyczynia się ono do wprowadzania antykonkurencyjnych barier<sup>13</sup>.

#### IV. Ocena prawna wyroku

Ocena porozumień na gruncie unijnego prawa konkurencji dokonana na przykładzie komentowanego orzeczenia podejmuje ważki i rozległy temat dychotomicznego podziału na porozumienia ograniczające konkurencję z uwagi na przedmiot (*object* czy też tzw. *hard-core restrictions*) oraz z uwagi na skutek, jaki porozumienia te wywołały lub mogły wywołać (*actual/potential effect on competition*). Orzeczenie jest niezwykle interesujące z perspektywy prawa ochrony konkurencji, ale i restrykcyjne z perspektywy przedsiębiorcy. Zasadne jest oczekiwanie, iż wywrze ono wpływ na kształtowanie warunków umów najmu powierzchni handlowych, ograniczając możliwość realizacji partykularnych interesów przedsiębiorców.

Rozpatrując zagadnienie z perspektywy doktrynalnej prawa ochrony konkurencji, należy uznać, że linia orzecznicza Trybunału potwierdza przyjęte dotychczas założenia stanowiące, iż w przypadku uznania porozumień za niezaliczane do kategorii *restrictions by object*, analiza wpływu (skutku) tychże porozumień na konkurencję wiąże się nie tylko z dokonaniem analizy ekonomicznej, lecz także badaniem szeregu pobocznych aspektów o charakterze podmiotowo-przedmiotowym, m.in. struktury konkurencji na danym rynku (Whish i Bailey, 2015, s. 125–127). Skoro zatem, zdaniem Trybunału, immanentną cechą porozumienia zawartego przez Spółkę nie był cel sprzeczny z unijnymi regułami prawa konkurencji, trafnie wskazano na konieczność przeprowadzenia rozbudowanej analizy ekonomiczno-prawnej dla oceny jego ewentualnych antykonkurencyjnych skutków.

Wyrok jest interesujący również z uwagi na okoliczność, iż treść odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Trybunału nie wpisuje się w szeroko dyskutowaną tendencję do rozszerzania katalogu porozumień uznawanych za porozumienia ograniczające konkurencję co do celu, przy jednoczesnej rozbudowanej analizie skutku (Bailey, 2012, s. 585–586)<sup>14</sup>. Wielokrotnie komentowana zasadność podziału na porozumienia ograniczające konkurencję co do celu i skutku, wydaje się być obecnie zagadnieniem fundamentalnym w tym obszarze prawa konkurencji; jeśli nie na terytorium Polski, to z całą pewnością w szeroko rozumianej międzynarodowej doktrynie prawa konkurencji (Whish i Bailey, 2015, s. 123 i n.)<sup>15</sup>. Warto podkreślić, że Trybunał nie uległ pokusie schematycznego uznania analizowanych klauzul za stanowiące realizację nadrzędnego celu antykonkurencyjnego, wobec czego dalsza analiza skutków pozostałaby bezcelowa. Trybunał nie poczynił więc na swoją rzecz daleko idących ułatwień dowodowych. Nie uznał również, iż w braku jednoznacznej kwalifikacji „co do celu”, dopiero ustalenie skutków porozumienia pozwoli na

<sup>13</sup> Pkt 30–31 wyr.

<sup>14</sup> Trafnie też uwagi zawarte w opinii Rzecznika Generalnego J. Kokott przedstawionej 19.02.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV i in.* (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez *College van Beroep voor het bedrijfsleven*), pkt 45–47.

<sup>15</sup> Zob. też wyr. SPI (czwarta izba w składzie powiększonym) z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited* przeciwko Komisji, pkt 119–120.

ustalenie ewentualnej sprzeczności z prawem. Wręcz przeciwnie – podkreślona została rola „linii demarkacyjnej” pomiędzy dwoma rodzajami porozumień, a także znaczenie rozmaitych kryteriów okołoprawnych, które w trakcie analizy powinny zostać wzięte pod uwagę<sup>16</sup>. Ciężar gatunkowy podziału porozumień antykonkurencyjnych, zwłaszcza z perspektywy potrzeby pewności prawa przedsiębiorcy działającego na rynku detalicznym (a w praktyce – w każdej dziedzinie działalności gospodarczej), nie może być bowiem sprowadzany do „ostrożności procesowej” czy to na gruncie postępowania administracyjnego, czy też przenoszonej poziom wyżej – przed sąd unijny. W sprzeczności z postulatem przewidywalności prawa stoi przyjmowanie uproszczeń zakładających, iż jeśli nie ma pewności co do zasadności kwalifikacji porozumienia jako ograniczającego konkurencję co do celu, asekuracyjnie wskazuje się na możliwy równoległy antykonkurencyjny efekt. Dochodziłoby w tym względzie do niebezpiecznej dla podmiotów aktywnych na rynku pomocniczej roli „skutku” wobec niepewności „celu” w trakcie analizy zgodności z prawem podejmowanych przez nich działań, a także całkowitego zatarcia się granicy pomiędzy dwoma rodzajami porozumień (Gerard, 2013, s. 17–40). Technikę tę ilustruje krytykowane orzeczenie w sprawie *Allianz Hungaria*<sup>17</sup>, wskazujące niejako na konieczność rozbudowanej analizy „celu” za pośrednictwem „skutku” (Harrison, 2013, s. 10–12). O ile w literaturze, ale i w orzecznictwie, nie ma zgody co do tego, które rodzaje porozumień bezwzględnie powinny zostać uznane za zakazane ze względu na cel, a wszelkie próby ich skatalogowania prędko ulegały dezaktualizacji (Bolecki, 2012, s. 7), o tyle za ugruntowane należy przyjąć założenie o konieczności zbadania kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się porozumienie o potencjalnie antykonkurencyjnym celu. W świetle dotychczasowej praktyki orzeczniczej zaskakujące było więc wskazanie przez Trybunał w sprawie *Allianz Hungaria*, aby w ramach uwzględnienia rzeczonych kontekstów wziąć pod uwagę również „charakter dóbr lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków”<sup>18</sup>, charakterystyczne dla oceny skutku. „Kontekstowe” uwarunkowania były wielokrotnie podnoszone przez strony z własnej inicjatywy dla wykazania braku antykonkurencyjnego celu, ale i – konsekwentnie odrzucane przez sądy unijne jako istotne w kontekście analizy skutku<sup>19</sup>.

Pokusie tej nie uległ jednak Trybunał w rzeczonej sprawie spółki *Maxima Latvija*. Przeciwno tego rodzaju liniom orzeczniczym, zasadnie zmierzając ku ukształtowaniu rzeczywistości gospodarczej przedsiębiorców w oparciu o zasadę bezpieczeństwa prawnego, wpisało się uprzednio również orzeczenie w sprawie *Cartes Bancares*, w którym Trybunał wskazał na konieczność zawężającej interpretacji porozumień ograniczających konkurencję do co celu<sup>20</sup>. 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<sup>21</sup>. Odmienne stanowisko oznaczałoby nadawanie zbyt szerokich ram katalogowi porozumień ograniczających konkurencję co do celu,

<sup>16</sup> Pkt 23–29 wyr.

<sup>17</sup> Wyr. TSUE (pierwsza izba) z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni przeciwko Gazdasági Versenyhivatal*.

<sup>18</sup> Czy też „strukturę rynku, istnienie alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich jednostronne znaczenia, a także władzę na rynku jednostronnych zakładów”; wyr. wskazany w przypisie 2, pkt 36 i 48.

<sup>19</sup> Wyr. SPI z 27 lipca 2005 r. w sprawach połączonych T-49/02 oraz T-51/02 *Brasserie Nationale, Brasserie Jules Simon i Brasserie Batin przeciwko Komisji*, pkt 105–109.

<sup>20</sup> Wyr. TSUE (trzecia izba) z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji*, pkt 58.

<sup>21</sup> Wyr. TSUE, *CB przeciwko Komisji*, pkt 49–50.

pozwalając na uproszczone kwalifikowanie szeregu porozumień w poczet tych mających za przedmiot ograniczenie konkurencji (tzw. *object box*) (Kohutek, 2014).

Dla właściwego zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE oraz prawidłowej subsumpcji prawnej kluczowa odpowiednia jest metodologia rozgraniczenia dwóch rodzajów porozumień. Metodologia ta, jak czytamy w uzasadnieniu komentowanego orzeczenia, w praktyce nie sprowadza się do przeprowadzenia prostego, „zero-jedynkowego” testu, a do dokonania opisowej analizy elementów definicyjnych oraz stanów faktycznych dla prawidłowej oceny skutków porozumienia. Przykładowo, zdaniem Trybunału, już po odrzuceniu założenia o ograniczeniu konkurencji co do celu, w pierwszej kolejności rekomendowane jest sprawdzenie czy najemca nie zawarł aby podobnych umów w sąsiadujących centrach handlowych bądź powierzchni handlowych położonych poza centrami (a więc niejako „empiryczne” sprawdzenie stanu rzeczy). Dopiero w sytuacji, w której weryfikacja ta wykaże istnienie zbliżonych umów, które mogą łącznie przyczynić się do ograniczenia konkurencji, należy podjąć próbę oceny skuteczności stworzenia w ten sposób barier dostępu do rynku, a więc podjąć się oceny bliższej gatunkowo analizie ekonomiczno-prawnej.

W komentowanym orzeczeniu Trybunał poszedł o krok dalej, podejmując próbę odpowiedzi na pytanie, jak zatem sprawdzić czy umowa ma antykonkurencyjny cel, czy może antykonkurencyjny skutek? Komentowane orzeczenie wpisuje się w tym względzie w obserwowaną przed kilkudziesięciu laty tendencję istniejącą w obszarze wspólnotowego prawa konkurencji, w której „normalna konkurencja” utożsamiana była z możliwością samodzielnego i autonomicznego decydowania o sposobie funkcjonowania na rynku. O ile w wyroku *Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. przeciwko Komisji* uznano, iż naruszenie samodzielności funkcjonowania nastąpiło nie tyle przez brak autonomii przedsiębiorcy, ile przez uzgodnienie dalszych działań (Miąsik, 2009, s. 50–58), o tyle w komentowanym orzeczeniu ograniczenie samodzielności decyzyjnej kontrahenta Spółki nastąpiło niejako „na wypadek”. Zgodnie z zasadą autonomii woli stanowiącą, iż kształtując stosunki obligacyjne pomiędzy niezależnymi podmiotami, tyle mamy praw, ile wolą stron kontrahenci nawzajem sobie przyznali (Machnikowski, 2006, s. 420), z czysto cywilistycznego punktu widzenia zarówno forma, jak i subiektywny zamiar stron mogłyby *prima facie* wydawać się prawnie dopuszczalne. Z perspektywy ochrony konkurencji wolnorynkowej jednak ograniczenie wprowadzone w relacji Spółki z właścicielem centrum nie dotyczyło kwestii irrelevantnych dla warunków na rynku sprzedaży detalicznej bądź rozwoju sytuacji rynkowej. Z całą pewnością nie było ono również bez wpływu na dobrobyt konsumentów z perspektywy cen ustalanych przez najemcę w tym konkretnym centrum handlowym. Niezależnie jednak od rozważań teoretycznych, w świetle komentowanego orzeczenia wydaje się, że z perspektywy przedsiębiorcy aktywnego w sektorze sprzedaży detalicznej w jednej z galerii handlowych stanowisko TSUE oznacza konieczność troski nie tylko o wynegocjowanie jak najlepszych warunków finansowych czy lokalizacyjnych oraz odpowiednio korzystne dla siebie ukształtowanie treści umowy o użytkowanie lokalu, lecz także powstrzymanie się od pokusy wpływu na zachowanie kontrahenta, nawet gdy druga strona daje ku temu sposobność.

Co więc w sytuacji, gdy nasz kontrahent z własnej inicjatywy, nieformalnie, składa obietnice udostępnienia najbardziej strategicznej powierzchni w galerii handlowej, ale i ograniczenia „w miarę możliwości” napływu konkurentów z tej samej branży? O ile przedsiębiorca powinien liczyć się z funkcjonowaniem w obliczu możliwości natychmiastowego pojawienia się rywala, zwłaszcza

w tak dużej przestrzeni handlowej, o tyle propozycja wydaje się być co najmniej kusząca (choć oderwana od stanu faktycznego i *stricte* hipotetyczna). W świetle komentowanego orzeczenia, pożądane zachowanie (a w istocie – zaniechanie) przedsiębiorcy wydaje się nie wymagać dodatkowych wskazówek. Tego rodzaju rozumienie pojęcia konkurencji, jak i oczekiwane od przedsiębiorcy modelowe zachowanie stanowi zwrot w stronę modelu konkurencji doskonałej, zbliżonej do konkurencji statycznej, w której żaden z konkurentów nie jest w stanie (a z całą pewnością nie powinien) wpływać na sytuację na rynku swoimi indywidualnymi działaniami (Molski, 2008, s. 123). W idealnym świecie zatem, nawet jeśli przedsiębiorca byłby w stanie na tę konkurencję wpłynąć, otrzymując ofertę zachowania swego rodzaju quasi-wyłączności, powinien powstrzymać się od tego rodzaju działań, konkurując z rywalami na innych polach (ceny, innowacyjności czy jakości).

Odnosząc problem do polskiej praktyki orzeczniczej, warto porównawczo wskazać na decyzję Prezesa UOKiK nakładającą karę na sieć restauracji Sphinx Polska S.A. (dalej: Sphinx), współpracującą z przedsiębiorcami na zasadzie franczyzy<sup>22</sup>. Za antykonkurencyjne uznane zostały porozumienia na lokalnych rynkach na terenie kraju, polegające na ustalaniu sztywnych i minimalnych cen sprzedaży zawartych w kartach menu restauracji działających pod wspólnym szyldem. W decyzji tej, tym razem rodzimy organ ochrony konkurencji wykazał relatywnie bezkompromisowe podejście do stosunków gospodarczych między przedsiębiorcami. Nie uwzględniono rozbudowanych argumentów Sphinx co do konieczności zachowania jednolitości standardów sieci dla dobra konsumentów. Analiza tła rynkowego przedstawiona przez Sphinx wskazywała bowiem, że unifikacja działalności gospodarczej przedsiębiorców jest cechą niejako przypisaną do umów franczyzy (choć nieskodyfikowanej, to jednak powszechnie przyjętej i stosowanej)<sup>23</sup>. Mimo że, analogicznie jak w przypadku *Maxima Latvija* i sieci centrów handlowych, kontraktowe ustalenia stron umowy franczyzy nie były dokonywane między konkurentami a podmiotami niekonkurencyjnymi wchodzącymi w stosunki obligacyjne dobrowolnie i ze świadomością ograniczeń (pomimo szeregu uprawnień), które mocą tych umów na siebie przyjmują, organ nie uznał argumentów ukaranej spółki.

Uwzględniając szerszy pryzmat problemu, wskazać należy na co do zasady względnie obowiązujący charakter stosunków umownych, a co za tym idzie możliwość wyłączenia lub ograniczania ich stosowania przez strony (Panowicz-Lipska, 2011, s. 62). O ile umowy franczyzy nie mają własnego reżimu kodeksowego, o tyle w kontekście umów najmu pozwala na to (zasadniczo) semiimperatywny charakter przepisów art. 680–692 k.c.<sup>24</sup> W praktyce, umowy najmu niejednokrotnie zawierają ograniczenia, jak choćby co do rodzaju prowadzonej działalności przy wykorzystaniu danych lokali, niekiedy dodatkowo obostrzonej ograniczeniami o charakterze administracyjnym (koniecznością uzyskania zezwolenia). Co więcej, polski ustawodawca przewidział wprost uprawnienie o charakterze kontrolnym na rzecz wynajmującego w postaci prawa do nadzoru nad faktycznym korzystaniem z lokalu. Najemca „lokalu o innym przeznaczeniu” powinien więc skądinąd uzyskać zgodę wynajmującego (w tym również najemca powierzchni użytkowej<sup>25</sup>) na podnajem lokalu bądź jego części osobie trzeciej. Istnieje zatem szereg wynikających z natury umowy najmu możliwych form ochrony i wariantów ukształtowania relacji stron

<sup>22</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 25.06.2013 r., nr DOK-1/2013.

<sup>23</sup> Pkt 35 decyzji.

<sup>24</sup> Choć zasadniczo przewidziany na korzyść najemcy, w praktyce ukształtowanie stosunków doznaje szerokich modyfikacji.

<sup>25</sup> Wyr. SN z 19.10.2006 r., V CSK 230/06, Biuletyn SN 2007, nr 2.



tego stosunku umownego (Górecki i Matusik, 2013, s. 1329–1331), wzmocnionych dodatkowo względnie obowiązującym charakterem norm. Na ile więc uprawnienia wynajmującego do wskazywania sposobu zagospodarowania wynajętej przestrzeni przez podmiot na drugim poziomie stosunku umownego odbiegają znaczeniowo od chęci zadbania o interesy gospodarcze najemcy powierzchni handlowych w ramach norm semiimperatywnych zastrzeżonych na jego korzyść? A odpowiednio, na ile zawarcie w stosunku wertykalnym klauzul przyznających francyzodawcy uprawnienie do kontroli francyzobiorcy w ramach swobody umów odbiega od uprawnienia do wpływania na zagospodarowanie sąsiednich powierzchni przez *Maxima Latvija*, którego antykonkurencyjny skutek nie został przez Trybunał ostatecznie przesądzony? Czy umowa najmu zawierana w specyficznych przeciw warunkach handlowych, w sklepach wielkopowierzchniowych, z natury nastawionych na szerokie spektrum produktowe, uprawni wynajmującego do ewentualnych argumentów o chęci kontraktowego zapewnienia „jedności i renomy sieci”<sup>26</sup> swemu kontrahentowi (podobnie jak próbował uczynić to Sphinx)? Wydaje się, że skoro polskie organy ochrony konkurencji krytycznie oceniły tego rodzaju argumentację w odniesieniu do umów franczyzy, będących niewątpliwie systemem dystrybucji bazującym na jednolitości przynajmniej w odniesieniu do promocji marki (opartej przeciw na licencji znaków towarowych), tym bardziej przekonującym dla Prezesa UOKiK argumentem przemawiającym za legalnością wprowadzania „prawa weta” do umów najmu czy dzierżawy nie będzie chęć zapewnienia odpowiedniego sąsiedztwa sieciom hipermarketów.

## V. Podsumowanie

Problem oceny (nie tylko antymonopolowej) klauzul umów najmu powierzchni w galeriach handlowych wpisuje się w bolączki będące codziennością dla przedsiębiorców z każdej branży. Jako spodziewany rezultat orzeczenia Trybunału można oczekiwać poddanie wzmożonej ocenie umów o udostępnienie powierzchni handlowych czy to najmu, czy dzierżawy, pod kątem potencjalnych uprawnień do wyrażenia sprzeciwu względem doboru podmiotów zajmujących nieodległe powierzchnie handlowe. Już dziś z całą pewnością można natomiast stwierdzić, że ta rozbudowana analiza zarówno w kontekście warunków swobodnej gry podaży i popytu na rynku właściwym, jak i w przypadku sporów z faktycznymi lub potencjalnymi najemcami, wymagać będzie znacznego nakładu pracy – zwłaszcza od prawników.

## Bibliografia

- Bailey, D. (2012). Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU. *Common Market Law Review*, 49(2).
- Bolecki, A. (2012). *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek. Aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej*, 3(1).
- Gerard, D.M.B. (2013). The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself. W: J. Bourgeois i D. Waelbroeck (red.), *Ten years of effects-based approach in EU Competition Law: State of play and perspectives*. Bruksela: Bruylant.
- Górecki, J. i Matusik, G. (2013). W: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, t. 2. Wyd. 13. Warszawa: C.H. Beck.

<sup>26</sup> Wyr. Trybunału z 28.01.1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris*, ECR 1986, s. 353, przywołany w uzasadnieniu decyzji w sprawie Sphinx, s. 28.

- Harrison, D. (2013). The Allianz Hungária case: The ECJ's judgment could have ugly consequences. *Competition Law Insight*, 12(6).
- Kohutek, K. (2014). Glosa do wyroku TS z dnia 11 września 2014 r., C-67/13 P. *LEX*.
- Machnikowski, P. (2006). W: E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5. Warszawa: C.H. Beck.
- Miąsik, D. (2009). Glosa do wyroku TS z dnia 20 listopada 2008 r., C-209/07. *Europejski Przegląd Sądowy*, 8.
- Molski, R. (2008). *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*. Bydgoszcz-Szczecin: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Ożga, E. (2006). *Słownik terminologii prawniczej angielsko-polski*. Wyd. 3. Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Panowicz-Lipska, J. (2011). W: J. Panowicz-Lipska, *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 8. Warszawa: C.H. Beck.
- Whish, R. i Bailey, D. (2015). *Competition Law*. Wyd. 8. Oxford: Oxford University Press.

### **Olga Stefanowicz**

aplikantka adwokacka w berlińskim biurze kancelarii Freshfields Bruckhaus Deringer LLP w praktyce prawa antymonopolowego i handlu zagranicznego<sup>27</sup>; e-mail: [olgastefanowicz@yahoo.pl](mailto:olgastefanowicz@yahoo.pl)

<sup>27</sup> Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniony.