

# K

## Zwalczanie nadużywania przewagi kontraktowej w handlu detalicznym produktami spożywczymi w Niemczech – przegląd

### A

### R

#### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Przedmiot zakazu
- III. Historia regulacji
- IV. Cel regulacji
- V. Przesłanka „zależności”
- VI. Badanie „zależności”
- VII. „Korzyść” i brak „rzeczowo uzasadnionej podstawy”
- VIII. Badanie sektorowe
- IX. Sprawa *Edeka* – stanowisko *Bundeskartellamt*
- X. Sprawa *Edeka* – rozstrzygnięcie niemieckiego sądu ochrony konkurencji
- XI. Sprawa *Edeka* – ciąg dalszy?
- XII. Podsumowanie

#### Streszczenie

Uchwalenie nowej ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi stanowi dobrą okazję do porównania regulacji obowiązujących w tym zakresie w innych państwach Unii Europejskiej. Szczególnie interesujące są rozwiązania wprowadzone w Niemczech. Wynika to m.in. z założeń i rozwiązań wprowadzonych w niemieckim ustawodawstwie, które są analogiczne do tych, które legły u podstaw wdrożenia polskich przepisów. Niniejszy artykuł opisuje historię regulacji w Niemczech, teorie szkody związane z jej wprowadzeniem, zasady jej stosowania, a także najnowsze rozstrzygnięcie niemieckiego urzędu antymonopolowego w pilotażowej próbie zastosowania tej regulacji na szerszą skalę. Artykuł opisuje również najnowsze, zaskakujące rozstrzygnięcie niemieckiego sądu ochrony konkurencji w tej sprawie.

**Słowa kluczowe:** zwalczanie nieuczciwej konkurencji; przewaga kontraktowa; *Bundeskartellamt*.

**JEL:** K21

---

\* Radca prawny; e-mail: wojciech.lyszczarz@gmail.com.

## I. Wstęp

Polska ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (dalej: Ustawa) została uchwalona przez Sejm pod koniec 2016 r. Dotychczasowe opracowania dotyczące Ustawy są nieliczne (np. artykuły prasowe: Schramm i Trąbski, 2016; Koralewski, 2017) i nie dotyczą jeszcze konkretnych przykładów jej zastosowania. Dlatego ewentualnych wskazówek dotyczących kierunków wdrożenia przepisów Ustawy w praktyce można poszukiwać w zagranicznych porządkach prawnych. Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, będące pomysłodawcą polskiej Ustawy, powołało się w uzasadnieniu projektu na analogiczne rozwiązania legislacyjne obowiązujące na Węgrzech, w Hiszpanii, w Czechach, we Francji, a także w Niemczech<sup>1</sup>. Spośród wymienionych regulacji, teoretyków i praktyków prawa konkurencji mogą szczególnie zainteresować właśnie te ostatnie. Wynika to z podobnej systematyki głównych działów prawa ochrony konkurencji i zwalczania nieuczciwej konkurencji w Niemczech i w Polsce, stosunkowo długiego okresu stosowania analogicznych regulacji przez niemieckie organy i sądy, a także – jak się wydaje – wzorowania się przez polskiego ustawodawcę na niektórych rozwiązaniach przyjętych w niemieckim prawie. Ponadto niemiecki urząd antymonopolowy (*Bundeskartellamt*) przeprowadził szczegółowe badanie sektorowe handlu detalicznego produktami spożywczymi, zakończone opublikowaniem raportu dającego ciekawy obraz realiów gospodarczych, w jakich są stosowane regulacje niemieckie. Pod koniec 2015 r. zapadło również istotne rozstrzygnięcie niemieckiego sądu ochrony konkurencji, które na nowo określiło standardy orzecznicze w zakresie zakazu nadużywania przewagi kontraktowej. Analiza wyżej wspomnianych rozwiązań legislacyjnych, orzecznictwa i wyników badań może być zatem pomocna w rozwianiu wątpliwości, które z pewnością pojawią się przy stosowaniu nowej Ustawy w Polsce.

## II. Przedmiot zakazu

Podstawowy podział przepisów z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów w Niemczech jest zbliżony do rozwiązań stosowanych w Polsce. Trzon stanowią przepisy antymonopolowe zawarte w ustawie o przeciwdziałaniu ograniczaniu konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*<sup>2</sup>; dalej: GWB), które obejmują podstawowe regulacje z zakresu prawa konkurencji, tzn. zakaz porozumień antykonkurencyjnych, zakaz nadużywania pozycji dominującej oraz postanowienia dotyczące kontroli koncentracji. Natomiast przepisy dotyczące przeciwdziałaniu nieuczciwej konkurencji zostały zamieszczone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*<sup>3</sup>; dalej: UWG).

Wątek ochrony podmiotów o słabszej pozycji negocjacyjnej względem kontrahentów o dużym potencjale rynkowym w prawie niemieckim występuje w obydwu wskazanych regulacjach. Z jednej strony UWG przewiduje w § 4 pkt 1<sup>4</sup> ogólny zakaz działań mających charakter nieuczciwej konkurencji, z drugiej zaś – § 20 ust. 2 w zw. z § 19 ust. 2 pkt 5 niemieckiej ustawy GWB reguluje zakaz nadużywania siły nabywczej w celu uzyskiwania korzyści od zależnych dostawców

<sup>1</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Pozyskano z: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=790> (15.01.2017).

<sup>2</sup> T.j. z 26.06.2013 r. (Bundesgesetzblatt 2013, cz. I, s. 1750), ostatnia zmiana z 21.07.2014 r. (Bundesgesetzblatt 2014, cz. I, s. 1066).

<sup>3</sup> T.j. z 3.03.2010 r. (Bundesgesetzblatt 2010, cz. I, s. 254), ostatnia zmiana z 17.02.2016 r. (Bundesgesetzblatt 2016, cz. I, s. 233).

<sup>4</sup> Dawniej § 4 Nr 1 UWG.

(*Anzapfverbot*<sup>5</sup>), zwany czasem również zakazem pasywnej dyskryminacji<sup>6</sup>. Właśnie ta druga regulacja jest zbliżona do rozwiązań wprowadzonych w Polsce w ramach Ustawy i będzie stanowiła przedmiot dalszego opisu. Odmiennie jednak niż w Polsce, w Niemczech regulacje dotyczące *Anzapfverbot* nie znalazły się w odrębnej ustawie, lecz zostały ściśle zintegrowane w GWB<sup>7</sup>. Opisywana regulacja nie jest jednak klasycznym przykładem nadużycia pozycji dominującej, gdyż do jej zastosowania nie jest konieczne wykazanie i występowanie pozycji dominującej po stronie podmiotu dopuszczającego się naruszenia. Przeciwnie, przepisy te wymagają jedynie występowania relacji „zależności” między danym podmiotem dysponującym siłą negocjacyjną a jego „słabszym” kontrahentem.

### III. Historia regulacji

Pierwsza wzmianka o potrzebie wprowadzenia regulacji, które ograniczałyby nieuczciwe wykorzystywanie siły nabywczej pojawiła się w Niemczech w 1974 r., w tzw. *Sündenregister* (rejestrze grzechów)<sup>8</sup> przygotowanym przez niemieckie Federalne Ministerstwo Gospodarki. W dokumencie tym znalazł się katalog przykładowych praktyk na rynku handlu detalicznego ocenianych negatywnie z punktu widzenia interesu publicznego. Wymieniono w nim m.in. narzucanie dodatkowych świadczeń przy nowych otwarciach sklepów sieci, kumulowanie rabatów oraz stosowanie szczególnie długich okresów płatności<sup>9</sup>. W momencie opublikowania dokument ten wyznaczał preferowane kierunki rozwoju polityki prawa konkurencji.

Na wejście w życie regulacji o charakterze ustawowym trzeba było czekać stosunkowo długo, bo do roku 1980, kiedy uchwalono tzw. 4. ustawę nowelizującą do GWB<sup>10</sup>. Na jej podstawie wprowadzono do tej ustawy nową jednostkę redakcyjną (§ 26 ust. 3 GWB), będącą pierwowzorem obecnej regulacji *Anzapfverbot*. Wskazany przepis w brzmieniu z 1980 r. stanowił, że przedsiębiorcy o pozycji dominującej nie mogą wykorzystywać swojej pozycji do spowodowania przyznania im przez innych przedsiębiorców uczestniczących w obrocie gospodarczym preferencyjnych warunków bez rzeczowo uzasadnionej podstawy<sup>11</sup>. Przepis ten nakładał ograniczenia jednak nie tylko na dominantów, lecz także rozszerzał zakaz na wszelkich przedsiębiorców bez względu na wielkość ich udziałów rynkowych i posiadanie innych przymiotów, uznawanych za przejaw pozycji dominującej, o ile tacy przedsiębiorcy dopuszczali się zakazanego procederu w stosunku do „zależnych” od nich przedsiębiorców<sup>12</sup>. W pierwotnym brzmieniu przepisu, zakresem ochrony przed żądaniem przyznawania nieuzasadnionych korzyści zostały objęte małe i średnie przedsiębiorstwa.

Stosunkowo wąski zakres regulacji oznaczał jednak, że przepis ten nie był w praktyce stosowany<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> Dosłowne tłumaczenie zwrotu *anzapfen* to potoczne „podłączenie się”, „podpięcie się”, takie jak np. w sytuacji podłączenia się do cudzego źródła zasilania lub źródła wody; w kontekście opisywanego przepisu można mówić o podłączeniu się do cudzego potencjału ekonomicznego.

<sup>6</sup> Por. pkt IV poniżej.

<sup>7</sup> Regulacja nie posiada nawet oddzielnego paragrafu, lecz jest zawarta w jednostce redakcyjnej niższego rzędu.

<sup>8</sup> *Sündenregister des BMWi* „Beispielskatalog von Tatbeständen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können”, *Wettbewerb in Recht und Praxis* z 1975 r., s. 24.

<sup>9</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 255.

<sup>10</sup> *Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen* z 26.04.1980, *Bundesgesetzblatt* 1980, cz. I, s. 458.

<sup>11</sup> § 26 ust. 3 zd. 1 GWB.

<sup>12</sup> § 26 ust. 3 zd. 2 GWB.

<sup>13</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 257.

W 2005 r., w ramach 7. ustawy nowelizującej GWB<sup>14</sup>, zmieniono numerację przepisu dotyczącego *Anzapfverbot* (§ 26 GWB zastąpiono § 20 GWB) oraz rozszerzono zakres stosowania opisywanego przepisu, w ten sposób, że poza „spowodowaniem” przyznania rzeczowo nieuzasadnionej korzyści przedmiotem zakazu objęto również „żądanie” przyznania takiej korzyści. Ponadto kryterium żądania „preferencyjnych warunków” zastąpiono „korzyścią”. Zatem w brzmieniu z 2005 r. ustawa GWB zakazywała „spowodowania” przyznania lub „żądania” przyznania „korzyści” bez rzeczowo uzasadnionej podstawy. W oczywisty sposób, taka zmiana miała na celu rozszerzenie spektrum stosowania niemieckiej ustawy.

W 2007 r. wprowadzono kolejną zmianę, tym razem w ramach tzw. noweli o nadużyciach cenowych<sup>15</sup>. Niemiecki ustawodawca zdecydował w tym przypadku o tymczasowym rozciągnięciu zakresu ochrony nie tylko na małe i średnie przedsiębiorstwa, lecz także na wszelkie przedsiębiorstwa, niezależnie od ich wielkości. Okres obowiązywania tej zmiany ograniczono początkowo na pięć lat do 31 grudnia 2012 r.

Aktualne brzmienie regulacji zostało ustalone na podstawie 8. ustawy nowelizującej GWB<sup>16</sup>, obowiązującej od 30 czerwca 2013 r. Zdecydowano ostatecznie, że zakresem ochrony będą objęte wszelkie przedsiębiorstwa „zależne”, bez względu na ich wielkość i bez ograniczeń czasowych takiej ochrony.

Podsumowując, norma w obecnym brzmieniu stanowi, że przedsiębiorcy (a także związki przedsiębiorców) nie mogą wykorzystywać swojej pozycji do spowodowania uzyskania od przedsiębiorców zależnych korzyści bez rzeczowo uzasadnionej podstawy lub żądania od nich przyznania takich korzyści. Pomimo wprowadzenia pewnych zmian na przestrzeni ponad 30 lat obowiązywania regulacji, co do zasady, sama idea regulacji nie uległa istotnym modyfikacjom.

Obecnie trwają prace legislacyjne nad 9. ustawą nowelizującą GWB<sup>17</sup>. Zgodnie z uchwalonym projektem rządowym ma ona zawierać zmiany do zakazu *Anzapfverbot* (opisane poniżej szczegółowo w punkcie XI).

#### IV. Cel regulacji

Wprowadzenie zakazu wykorzystywania potencjału dostawcy wynikało z określonych przesłanek oraz założeń o szkodliwości takiej praktyki dla funkcjonowania rynku (szczególnie w sektorze handlu detalicznego). Jak podkreśla się w niemieckiej literaturze fachowej, taka praktyka może krótkookresowo wywoływać tzw. efekt łóżka wodnego (*Wasserbetteffekt*; *waterbed effect*), a w dłuższym okresie – tzw. efekt spirali (*Spiraleffekt*) (Künstner, 2015, s. 1095).

W pierwszej sytuacji dostawca, przyznając szczególne korzyści odbiorcy dysponującemu relatywną siłą nabywczą, może dążyć do skompensowania poniesionych strat kosztem swoich innych odbiorców. Tacy odbiorcy uzyskają nie tylko gorsze warunki aniżeli odbiorca dysponujący relatywną siłą nabywczą, ale prawdopodobnie warunki te będą także gorsze niż te, które mieliby szansę uzyskać przy równym traktowaniu przez dostawcę wszystkich odbiorców (Künstner, 2015,

<sup>14</sup> Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen z 7.07.2005, Bundesgesetzblatt 2005 cz. I, nr 42, s. 1954.

<sup>15</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmitteleinzelhandels z 18.12.2007, Bundesgesetzblatt 2007, cz. I, nr 66, s. 2966.

<sup>16</sup> Ahtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen z 26.06.2013, Bundesgesetzblatt 2013 cz. I, nr 32, s. 1738.

<sup>17</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/entwurf-eines-neunten-gesetzes-zur-aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen,property=pdf,reich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (12.02.2017).

s. 1096). Tego rodzaju dążenie do kompensowania lepszych warunków zaoferowanych na jednym polu (względem silnego odbiorcy) ich pogorszeniem na innym polu (w odniesieniu do pozostałych, słabszych odbiorców) uzasadnia analogię do łóżka wodnego. Krytycy takiego podejścia wskazują jednak, że jeśli dany dostawca lub producent ma możliwość narzucenia gorszych warunków innym, „słabszym” odbiorcom, to można spodziewać się, że z takiej możliwości skorzysta niezależnie od swojej relacji z odbiorcą dysponującym relatywną siłą nabywczą (Lowe, 2008, s. 18).

Z kolei efekt spirali oznacza, że odbiorca posiadający istotną siłą nabywczą, poprzez uzyskanie szczególnie korzystnych warunków od zależnych dostawców, będzie mógł zaoferować lepsze warunki dla swoich własnych klientów. W dalszej perspektywie może to prowadzić do eliminacji z pochodnego rynku zbytu tych konkurentów odbiorcy, którzy nie są w stanie uzyskać porównywalnych warunków nabycia towarów lub usług. To zaś pociąga za sobą dalsze uzależnienie dostawców od dominującego odbiorcy. W konsekwencji, dostawcy mogą być zmuszeni do oferowania na jego rzecz jeszcze korzystniejszych warunków. W ten sposób pozycja odbiorcy o istotnej sile nabywczej umacnia się względem tak dostawców, jak i własnych odbiorców na zasadzie samonapędzającego się mechanizmu, stąd porównanie tego zjawiska do spirali (Künstner, 2015, s. 1096).

Z punktu widzenia podmiotowego, zakres ochrony zmieniał się wraz z rozwojem historycznym brzmienia omawianego przepisu i sposobu jego wykładni.

W początkowym okresie wskazana regulacja stanowiła uzupełnienie ogólnego zakazu dyskryminacji o przypadek tzw. pasywnej dyskryminacji. Pod pojęciem pasywnej dyskryminacji kryło się stosowanie przez konkretnego dostawcę dyskryminacyjnych warunków dostaw względem swoich odbiorców. Do takiej dyskryminacji dochodziło jednak nie z inicjatywy dostawcy, lecz poprzez wpływ jednego z odbiorców dysponującego istotną siłą nabywczą, który mógł wymusić na takim dostawcy lepsze warunki dostaw i pośrednio pogorszyć sytuację swoich konkurentów. Jak argumentowano, w przypadku odbiorców niedysponujących odpowiednią siłą nabywczą (np. małych sieci handlowych), uzyskanie odpowiednich warunków dostawy było często warunkiem przetrwania na rynku zbytu, stąd potrzeba ich ochrony (Schmidt, 1997, s. 101). Takie rozumienie celu regulacji zostało zaakcentowane w uzasadnieniu do pierwotnej wersji przepisu z 1980 r. (por. pkt III powyżej) i było powszechnie akceptowane w literaturze<sup>18</sup>. W związku z przyjęciem takiej koncepcji, kwestia ochrony samego dostawcy przed działaniami odbiorcy miała charakter drugoplanowy.

Stopniowo odchodzono jednak od koncepcji pasywnej dyskryminacji (i szkody wyrządzonej konkurentom odbiorcy) na rzecz poglądu o naruszeniu interesu dostawcy w relacji dwustronnej z danym odbiorcą (tzw. wertykalny charakter ochrony). W orzeczeniu niemieckiego Sądu Najwyższego z 1998 r. w tzw. sprawie *Konditionenangepassung*<sup>19</sup>, kwestia zakresu podmiotowego ochrony pozostała wprawdzie jeszcze otwarta, jednak wyraźne było dążenie do zapewnienia ochrony także samym dostawcom, którzy byli uzależnieni od danego „silnego” odbiorcy.

Głównym argumentem za wertykalnym charakterem ochrony *Anzapfverbot* była zmiana wprowadzona do ustawy GWB w 2005 r. i zastąpienie przesłanki żądania „preferencyjnych warunków” przez żądanie „korzyści”. O ile bowiem w przypadku „preferencyjnych warunków” przyznanych odbiorcy, konieczne wydaje się ich porównanie z warunkami uzyskiwanych przez jego

<sup>18</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 41.

<sup>19</sup> Wyr. *Bundesgerichtshof* z 24.09.2002 r., sygn. KVR 8/01.



konkurentów w celu stwierdzenia czy takie warunki są rzeczywiście preferencyjne<sup>20</sup>, o tyle pojęcie „korzyści” można analizować w oderwaniu od warunków przyznawanych innym odbiorcom. Niektórzy komentatorzy interpretują wręcz „korzyść” jako jakiegolwiek uprzywilejowanie odbiorcy w porównaniu z jego sytuacją sprzed momentu przyznania tej korzyści. Przy takiej interpretacji odniesienie korzyści do warunków uzyskiwanych przez innych odbiorców nie jest konieczne i w praktyce, do zaktualizowania zakazu, uzyskane korzyści mogą być nawet podobne do tych uzyskiwanych przez konkurentów odbiorcy.

Przyjęcie horyzontalnej wykładni przepisu oznaczałoby, że zakaz nie obejmowałby sytuacji, w której dany odbiorca nie posiada żadnych konkurentów. W takim stanie faktycznym, nie można bowiem mówić o dyskryminowaniu (nieistniejących) konkurentów (Künstler, 2015, s. 1097). Taki wniosek przeczyłby jednak, jak się wydaje, istocie przepisu, który jest zbliżony do regulacji dotyczących nadużywania pozycji dominującej. Wyłączenie jego zastosowania do potencjalnie najbardziej szkodliwej dla konkurencji sytuacji (występowania tylko jednego odbiorcy będącego wąskim gardłem dla dystrybucji towarów dostawców i producentów) kłóciłoby się z założeniem o racjonalności wprowadzonej regulacji.

Niemiecki urząd antymonopolowy wydaje się przychylić do „wertykalnej” koncepcji, odchodząc w ten sposób od takiego postrzegania zakazu, w którym jego istotą jest przede wszystkim obrona konkurentów „silnego” odbiorcy przed pasywną dyskryminacją<sup>21</sup>. *Bundeskartellamt* akcentuje „wertykalny” charakter obrony samego dostawcy przed wykorzystywaniem jego potencjału gospodarczego przez odbiorcę, wskazując tylko na ryzyko wystąpienia pasywnej dyskryminacji. Niemniej jednak, kwestia ta nadal wywołuje kontrowersje, co jest wykorzystywane przez przedsiębiorców do obrony przed zarzutem nadużywania siły nabywczej. Przyjęcie jednej z dwóch opisywanych koncepcji ma też niebagatelne znaczenie dla kwestii dowodowych. W przypadku bowiem „horyzontalnego” zakresu ochrony zakazu, konieczne jest udowodnienie dyskryminacji w stosunku do konkurentów „silnego” odbiorcy, co sprowadza się do wykazania opisywanych powyżej efektów „łóżka wodnego” lub „efektu spirali”. Oczywiście, w praktyce, wykazanie takiego skutku jest bardzo trudne lub wręcz niemożliwe.

## V. Przesłanka „zależności”

Charakterystyczną cechą regulacji dotyczącej *Anzapfverbot* jest uniezależnienie tego zakazu od występowania pozycji dominującej po stronie danego podmiotu (adresata normy) na określonym rynku właściwym. W odróżnieniu od regulacji dotyczącej naruszeń pozycji dominującej, dla zaktualizowania się zakazu wystarczy sytuacja, w której siła rynkowa danego podmiotu występuje w relacji dwustronnej, w odniesieniu do konkretnego kontrahenta (najczęściej dostawcy). Rozwiązanie takie wynika z założenia, że przedsiębiorcy, niespełniający wprawdzie przesłanek „dominacji”, mogą mieć jednak na tyle silną pozycję, że przez swoje działania mogą wywoływać konsekwencje dla konkurencji. Art. § 20 ust. 2 w zw. § 19 ust. 2 pkt 5 GWB stanowi w tym kontekście mechanizm korygujący, który ogranicza swobodę kontraktowania przedsiębiorcy o relatywnej pozycji dominującej z przedsiębiorcami „zależnymi” (Eufinger i Maschemer, 2016, s. 562).

<sup>20</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 43.

<sup>21</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 261.

Definicja „zależności” nie występuje bezpośrednio w przepisie dotyczącym *Anzapfverbot*, jednak przyjmuje się zgodnie, że jest to ta sama definicja, która dotyczy ogólnego zakazu dyskryminacji w GWB<sup>22</sup>. Oznacza to, że o zależności można mówić, gdy dostawcy lub odbiorcy są uzależnieni od danego przedsiębiorcy w ten sposób, że nie występują dla nich wystarczające i rzeczywiste możliwości wyboru innego kontrahenta (tzw. *Ausweichmöglichkeiten*<sup>23</sup>). Zależność ma zatem miejsce zarówno wtedy, gdy brak jest jakiegokolwiek alternatywnego odbiorcy (brak rzeczywistej alternatywy), jak i wówczas, gdy wprawdzie potencjalni odbiorcy występują, ale nie stanowią oni racjonalnej alternatywy dla dostawcy (brak wystarczającej alternatywy). W takim przypadku, po stronie „niezbędnego” kontrahenta można mówić o występowaniu relatywnej siły rynkowej (*relative Marktmacht*), która jest odbiciem zależności po stronie np. dostawcy<sup>24</sup>. Innymi słowy, występowanie istotnej siły nabywczej wiąże się z dużym ryzykiem występowania zależności po stronie dostawców.

W sytuacji rynków konsumenckich, w których dominuje podaż nad popytem, z reguły odbiorcy (np. sieci handlowe) dysponują większymi możliwościami wyboru dostawców, co może przekładać się na ich siłę negocjacyjną. Im mniejsza możliwość wyboru alternatywnego odbiorcy po stronie producenta lub dostawcy, tym słabsza jest ich pozycja negocjacyjna. Jak wynika z praktyki, nie można jednak automatycznie domniemywać przewagi po stronie sieci handlowej. Dostawca, który nie dysponuje porównywalnymi z siecią handlową zasobami finansowymi, może w określonych przypadkach skutecznie przeciwstawić się żądaniom sieci i w ramach negocjacji występować jak równoprawny podmiot, np. wówczas, gdy oferuje produkt, z którego odbiorca nie może zrezygnować<sup>25</sup>.

Niemiecka ustawa zawiera domniemanie, że dostawca towarów lub usług jest zależny od odbiorcy wówczas, gdy taki odbiorca ponad zwyczajowe rabaty lub odpłatności za usługi, regularnie uzyskuje od dostawcy szczególne przywileje, których inni podobni odbiorcy nie otrzymują<sup>26</sup>. Celem takiego domniemania jest ułatwienie dowodowe poprzez założenie, że występowanie określonego stanu rzeczy (przyznanie „nietypowego” przywileju) jest skutkiem relatywnej siły rynkowej po stronie odbiorcy (Lange, 2002, s. 223).

W literaturze niemieckojęzycznej wyżej wymienione domniemanie spotkało się z krytyką, szczególnie w kontekście możliwości jego praktycznego zastosowania. Wynika to z trudności związanych z oceną tego, jakie rabaty są zwyczajowe; czy konkretne przywileje wykraczają ponad taki zwyczaj; a także, czy ich przyznanie rzeczywiście stawia odbiorcę w lepszej sytuacji w porównaniu z podobnymi odbiorcami. Niezależnie od problemów o charakterze teoretyczno-doktrynalnym istotna pozostaje też kwestia dostępu do polityki rabatowej i umów zawieranych przez przedsiębiorców, które pozostają najpilniej strzeżoną tajemnicą handlową.

## VI. Badanie „zależności”

W praktyce wykazanie relacji zależności może być bardzo skomplikowane. Siła nabywczą po stronie odbiorcy nie jest prostym odzwierciedleniem pozycji dominującej po stronie zbytu. Relacje umowne między dostawcami a odbiorcami (dokonującymi dalszej odsprzedaży towarów)

<sup>22</sup> Tzn. definicja zawarta w § 20 ust. 1 w zw. z § 19 ust. 2 pkt 1 GWB.

<sup>23</sup> Dosłowne tłumaczenie z niemieckiego to „możliwości wyminięcia”.

<sup>24</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, Pkt 88 oraz 99.

<sup>25</sup> Wyr. *Oberlandesgerichtshof Düsseldorf* z 18.11.2015, sygn. Az. VI-Kart 6/14 (V), pkt 198.

<sup>26</sup> § 20 ust. 1 zd. 2 GWB.

są bardziej złożone niż relacje na rynku sprzedaży, np. na rzecz konsumentów. Poza tym, siła rynkowa odbiorcy może mieć określone efekty prokonkurencyjne, w szczególności wówczas, gdy przenosi on uzyskane korzyści na rzecz swoich własnych odbiorców, np. konsumentów (Schmidt, 2002, s. 104).

W swojej praktyce orzeczniczej *Bundeskartellamt* wykluczył dwa ekstrema z zakresu definicyjnego „zależności”. Z jednej strony, zdaniem urzędu, „zależność” nie występuje już wtedy, gdy utrata określonego odbiorcy przez danego dostawcę oznacza, że taki dostawca nie jest w stanie skompensować całości utraconego obrotu poprzez inne kanały lub możliwości zbytu, tzn. nie jest w stanie utrzymać pełnego *status quo* sprzedaży po utracie odbiorcy<sup>27</sup>. Z drugiej zaś – o „zależności” nie można mówić wyłącznie wówczas, gdy utrata odbiorcy oznacza dla dostawcy brak jakiegokolwiek możliwości funkcjonowania na rynku i konieczność zakończenia działalności<sup>28</sup>. Sytuacja „zależności” leży zatem w pewnym miejscu lub przestrzeni pomiędzy tymi krańcowymi sytuacjami.

Do ustalenia czy w konkretnych okolicznościach „zależność” rzeczywiście występuje, niemiecki urząd wypracował szereg kryteriów, które dzielą się na cztery podstawowe kategorie (*Bundeskartellamt*, 2014a, s. 47–48):

- 1) określenie ogólnej pozycji rynkowej odbiorcy po stronie zbytu, w szczególności za pomocą takich kryteriów, jak: wielkość udziałów rynkowych (na rynku krajowym i regionalnym), pokrycie terytorialne przez punkty sprzedaży i obecność w różnych typach kanałów dystrybucyjnych, stopień rozpoznawalności i działalność reklamowo-medialna, znaczenie marek własnych (por. Möschel, 2013, s. 571), integracja wertykalna, historyczny rozwój pozycji po stronie zbytu;
- 2) określenie ogólnej pozycji rynkowej odbiorcy po stronie zakupowej, w szczególności za pomocą takich kryteriów, jak: wielkość udziałów rynkowych na rynku krajowym oraz na poszczególnych rynkach produktowych, bilateralne relacje z dostawcami (wartość obrotów z danym odbiorcą w całości obrotów dostawcy);
- 3) określenie pozycji rynkowej odbiorcy na konkretnym rynku produktowym, w szczególności za pomocą takich kryteriów, jak: rozkład udziałów rynkowych po stronie producentów, występowanie alternatywnych źródeł dostaw dla odbiorców, występowanie alternatywnych kanałów zbytu dla dostawców (występowanie innych sieci handlowych i ich potencjał nabywczy, występowanie innych nabywców, hurtowników, wyspecjalizowanych odbiorców i ich potencjał nabywczy oraz możliwości eksportu), elastyczność produkcji i możliwość przestawienia produkcji na inne produkty lub marki własne, faktyczne przypadki przestawienia produkcji w przeszłości;
- 4) określenie bilateralnej pozycji rynkowej odbiorcy na konkretnym rynku produktowym, w szczególności za pomocą takich kryteriów, jak: wartość i wolumen obrotu dostawcy z danym odbiorcą w całości obrotu dostawcy, wartość i wolumen obrotu dostawcy z danym odbiorcą w całości obrotu dostawcy w odniesieniu do danego produktu, przynależność dostawcy do grupy kapitałowej, wcześniejsze stosowanie sankcji przez odbiorcę w stosunku do dostawcy.

Zastosowanie powyższych kryteriów w okolicznościach konkretnej sprawy rozstrzyganej przez *Bundeskartellamt* zostanie opisane w punkcie IX. W tym miejscu warto jednak zasygnalizować wątpliwości, jakie może budzić określenie dodatkowych, pozanormatywnych kryteriów oceny

<sup>27</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 96–97.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pkt 97.



„zależności”. Wprawdzie *Bundeskartellamt* wyjaśnia, że przy wyznaczeniu powyższych kryteriów kierował się dotychczasowym orzecznictwem, opracowaniami doktryny oraz wynikami badania sektorowego (*Bundeskartellamt*, 2014a, s. 47), niemniej jednak przeciwnicy tego rozwiązania wskazują, że jest to zbyt daleko idące rozszerzenie definicji zawartej w *GWB* (Künstner, 2015, s. 1100). Postuluje się zatem, aby w badaniu „zależności” koncentrować się przede wszystkim na normatywnych kryteriach, tzn. braku alternatywnych metod i kanałów sprzedaży w przypadku zerwania współpracy z przedsiębiorcą o przeważającej pozycji.

## VII. „Korzyść” i brak „rzeczowo uzasadnionej podstawy”

Do zaktualizowania regulacji *Anzapfverbot* konieczne jest żądanie lub uzyskanie przez przedsiębiorcę dysponującego relatywną siłą kontraktową przyznania mu „korzyści” bez „rzeczowo uzasadnionej podstawy”. *GWB* nie precyzuje, co należy rozumieć przez „korzyść” (a we wcześniejszej wersji tej regulacji – na czym polegają „preferencyjne warunki”) ani kiedy brak jest „rzeczowo uzasadnionej podstawy”.

W uzasadnieniu 4. Ustawy nowelizującej z 1980 r. wprowadzającej *Anzapfverbot* wskazano, że „preferencyjne warunki” przyznane przez dostawcę nieposiadające rzeczowo uzasadnionej podstawy to takie, którym nie odpowiada wzajemne świadczenie ze strony odbiorcy<sup>29</sup>. W szczególności będą to warunki, które nie znajdują uzasadnienia w ilości zamawianych przez odbiorcę towarów lub usług ani w przejętych przez niego funkcjach lub świadczonych na rzecz dostawcy usługach, ani w innych ekonomicznie mierzalnych świadczeniach ze strony odbiorcy. Przyznanie takich warunków wynika z wykorzystania siły rynkowej odbiorcy i nie są one dostępne innym podobnym odbiorcom<sup>30</sup>.

*Bundeskartellamt* zaznacza wyraźnie, że żądanie lub uzyskanie przez odbiorcę od zależnych dostawców cen korzystniejszych, niż te wynikające ze *status quo*, nie zawsze będzie spełniać przesłanki z § 20 ust. 2 w zw. z § 19 ust. 2 pkt 5 *GWB*. Twarde negocjowanie (*hard bargaining*) warunków handlowych przez odbiorców (sieci handlowe) przy użyciu argumentów i zdolności negocjacyjnych nie jest zabronione<sup>31</sup>.

Decydującą kwestią pozostaje czy przyznanie określonych „korzyści” ma rzeczowo uzasadnioną podstawę. Innymi słowy, przyznanie korzyści nie powinno wynikać z wykorzystania przewagi odbiorcy, lecz powinno mieć uzasadnienie w przyznanej dostawcy wzajemnej korzyści, tak jak ma to zazwyczaj miejsce w dwustronnych umowach cywilnoprawnych (Künstner, 2015, s. 1102). W tym celu konieczne jest ustalenie, po pierwsze, czy dana korzyść ma związek ze świadczeniem wzajemnym lub wzajemną korzyścią, a po drugie, czy występuje adekwatność między przyznaną odbiorcy korzyścią a jego świadczeniem wzajemnym lub korzyścią uzyskaną przez dostawcę. Związek ze świadczeniem wzajemnym może wynikać albo bezpośrednio z przyczyny przyznanej korzyści (np. większy wolumen zamówienia uzasadniający udzielenie rabatu cenowego), albo ze świadczenia wzajemnego uzyskanego w zamian za daną korzyść (np. bonus za konkretne dodatkowe świadczenia realizowane przez odbiorcę)<sup>32</sup>. Jeśli przyznana odbiorcy korzyść nie wykazuje wystarczającego związku ze świadczeniem wzajemnym ze strony dostawcy, to zdaniem

<sup>29</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 259

<sup>30</sup> *Ibidem*, pkt 259.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pkt 260.

<sup>32</sup> Dec. *Bundeskartellamt* z 3.07.2014 r. w sprawie o sygn. B 2-58/09, *EDEKA Zentrale AG & Co. KG*, pkt 264.

komentatorów dalsza analiza jest zbędna i można wykluczyć istnienie rzeczowo uzasadnionej podstawy dla danej korzyści<sup>33</sup>.

W przypadku, gdy taka relacja występuje, konieczne będzie natomiast wyważenie interesów dostawcy i odbiorcy w kontekście konkretnej korzyści przyznanej odbiorcy i uzyskanego w zamian świadczenia/innego rodzaju korzyści. Komentatorzy wskazują w takim przypadku na konieczność określenia faktycznych oszczędności lub wzrostu efektywności po stronie dostawcy w związku z uzyskanym od odbiorcy świadczeniem wzajemnym<sup>34</sup>.

*Bundeskartellamt* wypracował własną metodologię do oceny czy dana korzyść jest rzeczowo uzasadniona. Taka ocena wymaga odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) czy z żądaniem lub przyznaniem określonej korzyści przez dostawcę na rzecz odbiorcy jest powiązana określona podstawa lub określone rzeczowo powiązane świadczenie wzajemne;
- 2) czy uzasadnienie i kwantyfikacja żądanej przez odbiorcę korzyści jest jasna dla dostawcy;
- 3) czy uzasadnienie i kwantyfikacja podstawy dla przyznanej korzyści lub świadczenia wzajemnego ze strony odbiorcy jest jasna dla dostawcy;
- 4) czy wartość korzyści jest adekwatna do podstawy jej przyznania lub świadczenia wzajemnego ze strony odbiorcy?

W podejściu *Bundeskartellamt* przejawia się pogląd o konieczności ekonomicznego skwantyfikowania wartości wzajemnego świadczenia/podstawy dla przyznania korzyści. Ponadto sama wartość korzyści, której żąda odbiorca powinna być zakomunikowana dostawcy w sposób, który pozwala określić jej wartość ekonomiczną.

Dla pełnego obrazu *Anzapfverbot* należy podkreślić, że norma ta zakazuje „spowodowania” przyznania korzyści lub „żądania” przyznania korzyści. O spowodowaniu przyznania korzyści można mówić najczęściej wtedy, gdy korzyść zostaje przewidziana w prawnie wiążącej umowie, nawet jeśli taka umowa nie będzie w praktyce wykonywana (Eufinger i Mascherner, 2016, s. 562). Z kolei, przesłanka „żądania” korzyści wiąże się z większymi problemami interpretacyjnymi, ze względu na konieczność oddzielenia jej od dozwolonych przypadków prowadzenia negocjacji i wysuwania w ich trakcie określonych propozycji lub żądań. W literaturze przyjmuje się, że żądanie przyznania korzyści ma miejsce wówczas, gdy podmiot żądający daje niedwuznacznie do zrozumienia, że takie żądanie nie podlega żadnym negocjacjom (Eufinger i Mascherner, 2016, s. 562).

## VIII. Badanie sektorowe

Jak wskazano w punkcie VI, niemiecki urząd antymonopolowy dokonuje oceny „zależności” na podstawie wielu kryteriów, dotyczących bezpośrednio struktury rynku. Bardzo duża liczba zmiennych podlegających analizie oznacza, że wydanie decyzji nie jest możliwe bez dogłębnej znajomości realiów rynkowych. Między innymi z tego względu wydanie jednej z kluczowych decyzji w sektorze handlu detalicznego produktami spożywczymi zostało poprzedzone badaniem sektorowym tego rynku, a jej wydanie zbiegło się w czasie z opublikowaniem raportu z tego badania.

<sup>33</sup> Ibidem, pkt 262.

<sup>34</sup> Ibidem, pkt 262.

Badanie sektorowe zostało wszczęte w 2011 r. i zakończyło się opublikowaniem raportu w 2014 r. Raport z badania zawiera szczegółową analizę struktury rynku handlu detalicznego ogółem, a także specyficznych rynków w odniesieniu do artykułów spożywczych, takich jak: wino, mrożona pizza, kawa, konfitury, keczup, mleko, kawa mrożona, masło i konserwy warzywne.

Z wniosków raportu wynika, że rynek handlu detalicznym produktami spożywczymi w Niemczech jest wysoce skoncentrowany. Na cztery największe sieci handlowe (Edeka, Rewe, Grupa Schwarz (Lidl) i Aldi) przypada 85% obrotów całego handlu detalicznego produktami spożywczymi w Niemczech. Postępująca koncentracja wynika przede wszystkim z licznych fuzji i przejęć. W latach 1999–2014 niemiecki urząd antymonopolowy dokonał oceny 180 planowanych koncentracji, z czego w 120 postępowaniach uczestniczyła co najmniej jedna z trzech sieci, tj. Edeka, Grupa Schwarz lub Rewe.

Liderem na niemieckim rynku handlu detalicznym produktami spożywczymi, generującym ponad jedną czwartą przychodów jest Edeka. Sieć ta posiada ponad dwukrotnie więcej powierzchni sprzedażowej i może pochwalić się ponad dwukrotnie gęstszą siecią punktów sprzedaży niż kolejny najbliższy konkurent (Möschel, 2015, s. 579), tj. w odniesieniu do powierzchni sprzedażowej – Grupa Schwarz (Bundeskartellamt, 2014a, s. 84), a w odniesieniu do liczby punktów sprzedaży – Rewe (ibidem, s. 85). Jednak ani Edeka, ani żadna z pozostałych trzech głównych sieci handlowych w Niemczech (Rewe, Grupa Schwarz, Aldi) nie posiada ponad 40% udziału w rynku sprzedaży detalicznej, co mogłoby uzasadniać istnienie pozycji dominującej po jej stronie (Eufinger i Maschemer, 2016, s. 562).

Istotnym skutkiem postępującej koncentracji jest również uzależnienie dostawców artykułów spożywczych i ograniczenie ich opcji wyboru. Jak stwierdza *Bundeskartellamt*, największe sieci handlowe są w stanie wykorzystywać swoją silną pozycję do uzyskiwania określonych korzyści od dostawców. Wprawdzie dostawcy mogą dysponować równoważącą siłą rynkową, jednak w przeprowadzonym badaniu empirycznym, niemiecki urząd antymonopolowy był w stanie stwierdzić taki stan tylko w ok. 6% przypadków.

Co istotne, głównymi dostawcami artykułów spożywczych do sieci handlowych pozostają producenci niemieccy. Po stronie dostawców można również zaobserwować postępującą koncentrację (Bundeskartellamt, 2014b, s. 1).

Wnioski z raportu mają istotne znaczenie dla kontroli koncentracji<sup>35</sup> oraz kontroli nadużywania siły rynkowej. *Bundeskartellamt* zakłada, że cztery największe sieci handlowe (Edeka, Rewe, Grupa Schwarz i Aldi) są podmiotami o istotnej sile rynkowej w rozumieniu GWB, sygnalizując w ten sposób możliwość prowadzenia postępowań przeciwko tym podmiotom w zakresie nadużywania tej pozycji.

## IX. Sprawa Edeka – stanowisko *Bundeskartellamt*

Do tej pory najważniejszą sprawą, w której niemiecki urząd antymonopolowy oraz niemieckie sądy ochrony konkurencji zmierzyły się z problemem wykładni *Anzapfverbot* była sprawa przeciwko *Edeka Zentrale AG & Co. KG* (dalej: Edeka) dotycząca tzw. rabatów ślubnych (*Hochzeitsrabatte*), polegających na wstecznym korygowaniu warunków dostaw po przejściu przez Edeka konkurencyjnej

<sup>35</sup> Niemiecki urząd antymonopolowy zapowiedział, że każda fuzja z udziałem trzech największych sieci (Edeka, Rewe, Grupa Schwarz), o ile nie będzie dotyczyć pojedynczych sklepów, będzie przedmiotem pogłębionego badania w ramach drugiej fazy postępowania w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji.

sieci handlowej, obejmującej również relacje umowne z dostawcami oraz wysuwaniu innych żądań wobec takich dostawców w związku z przejęciem. Sprawa została wszczęta na podstawie wniosku stowarzyszenia branżowego *Markenverband*.

Pod koniec 2008 r. za zgodą *Bundeskartellamt* Edeka przejęła od swojego konkurenta Tengelmanna około 2000 punktów sprzedaży sieci dyskontów Plus, które zamierzała zintegrować z własną siecią dyskontów Netto. W pierwszych miesiącach 2009 r., Edeka prowadziła negocjacje z ponad 500 dostawcami (w większości przypadków dostawcy ci dostarczali towary zarówno do Edeka, jak i do przejętej sieci Plus). Na początku negocjacji Edeka zażądała m.in.:

- 1) wstecznego wydłużenia terminów zapłaty przez dostawców dla całego asortymentu nabywanego przez Edeka (włączając asortyment nabywany za pośrednictwem przejętych marketów Plus), przez dostosowanie ich do zasad stosowanych dotychczas w relacjach między tymi dostawcami a siecią Plus;
- 2) wstecznego dostosowania przez dostawców cen sprzedaży produktów do Edeka do warunków oferowanych przez nich wcześniej (w różnych datach przed fuzją) dla sieci Plus (*Bestwertausgleich*);
- 3) zapłaty jednorazowego, klasycznego „rabatu ślubnego” w związku z przejęciem sieci Plus;
- 4) płatności bonusu z tytułu rozszerzenia asortymentu z tytułu dodatkowych świadczeń w przejętych placówkach (*Sortimentserweiterungsbonus*);
- 5) płatności bonusu z tytułu synergii (*Synergiebonus*) – tzn. bonusu z tytułu potencjalnych oszczędności dostawcy;
- 6) wynagrodzenia partnerskiego za renowację i modernizację dotychczasowych sklepów sieci Plus (*Partnerschaftsvergütung*).

Edeka żądała w ten sposób najbardziej korzystnych warunków z umów zawartych przez sieć Plus oraz z własnych dotychczasowych umów z tym dostawcami (tzw. *cherry-picking*). Łącznie warunki te byłyby znacznie bardziej korzystne niż dotychczasowe warunki współpracy dla sieci Plus oraz dotychczasowe warunki dla sieci Edeka.

W swojej decyzji *Bundeskartellamt* skoncentrował się na żądaniach stawianych przez Edeka wobec czterech producentów win musujących<sup>36</sup>, traktując sprawę jako precedens dla potencjalnie kolejnych spraw innych producentów produktów spożywczych oraz „ożywienia” zakazu *Anzapfverbot* (Eufinger i Maschmer, 2016, s. 565). Zamierzeniem niemieckiego urzędu było zakreślenie granicy między „twardymi negocjacjami” a nadużyciem relatywnej siły rynkowej. W ocenie urzędu Edeka przekroczyła taką granicę. *Bundeskartellamt* stwierdził, że dostawcy win są zależni od Edeka oraz uznał za sprzeczne z ustawą wymienione wyżej żądania sieci handlowej, w szczególności: żądanie wstecznego dopasowania terminów zapłaty, brak wyjaśnienia zasad dopasowania cen do cen wcześniej przyznanych sieci Plus, brak wyjaśnienia i uzasadnienia dla bonusu z tytułu rozszerzenia asortymentu, brak świadczenia wzajemnego ze strony Edeka w zamian za płatność bonusu z tytułu synergii, brak ekwiwalentnego świadczenia ze strony Edeka w zamian za wynagrodzenie za modernizację i renowację.

<sup>36</sup> Rotkäppchen Mumm Sektkellereien GmbH, Henkell & Co. Sektkellerei KG, Freixenet Deutschland GmbH, Sektkellerei Schloss Wachenheim AG.



## X. Sprawa Edeka – rozstrzygnięcie niemieckiego sądu ochrony konkurencji

Opisywana wyżej decyzja *Bundeskartellamt* została zaskarżona przez Edeka do niemieckiego sądu ochrony konkurencji (Sądu Okręgowego w Düsseldorfie) (dalej: Sąd). 18 listopada 2015 r. zapadł długo wyczekiwany wyrok Sądu, który będzie mieć prawdopodobnie daleko idące konsekwencje dla stosowania zakazu. Sąd w całości obalił ustalenia faktyczne *Bundeskartellamt* i uchylił decyzję na korzyść Edeka. W rezultacie, nie potwierdzono naruszenia *Anzapfverbot* w żadnym z forsowanych przez niemiecki urząd ochrony konkurencji punktach. Podstawą do uchylecia decyzji były przede wszystkim dodatkowe ustalenia faktyczne Sądu, które zaprzeczały koncepcji nadużycia prezentowanej przez *Bundeskartellamt*, a także częściowo stwierdzenie, że przyznanie korzyści na rzecz Edeka było rzeczowo uzasadnione.

W pierwszej kolejności Sąd ustalił, że urzędowi ochrony konkurencji nie udało się wykazać „zależności” czterech producentów win musujących od Edeka. Po stronie producentów istniały bowiem inne wystarczające możliwości dystrybucji, m.in. w drodze eksportu, a także możliwość realizacji dostaw do innych sieci handlowych.

Działania Edeka nie spełniły również przesłanki żądania przyznania w rozumieniu Art. 19 ust. 1 pkt 5 GWB. Niektóre z żądań Edeka (wskazane szczegółowo powyżej) zostały wprawdzie wysunięte na początku prowadzonych negocjacji jako wstępne stanowisko negocjacyjne, ale w trakcie negocjacji stanowisko to było zmieniane. Żądania te nie miały więc charakteru żądań niepodlegających żadnym negocjacom.

Zdaniem Sądu, także uzgodnienie rabatów przez Edeka i producentów win musujących było wynikiem negocjacji między tymi podmiotami, które posiadały zbliżoną pozycję rynkową (nie występowała dysproporcja w tym zakresie). Dowody z zeznań świadków, w tym w szczególności osób prowadzących negocjacje w imieniu producentów win, potwierdziły, że przebieg negocjacji miał charakter równorzędny. W określonych przypadkach Edeka nie mogła wręcz zrezygnować z zakupu towarów dostawców (tak w całym roku, jak i w określonych akcjach sezonowych, np. w okresie świątecznym)<sup>37</sup>. Produkty te bowiem, ze względu na stopień rozpoznawalności marki, były poszukiwane przez klientów detalicznych Edeka i występował na nie określony popyt, który Edeka jako podmiot oferujący pełen asortyment artykułów spożywczych musiała zaspokoić. W postępowaniu dowodowym wykazano również, że w ramach negocjacji producenci win byli w stanie częściowo zmniejszyć zakres żądań Edeka, przedstawić swoje własne żądania oraz wynegocjować dodatkowe świadczenia wzajemne. W konsekwencji, co potwierdzili świadkowie, został osiągnięty kompromis, a pakiet świadczeń uzyskany przez producentów win pozostawał dla nich korzystny także w czasie rozpatrywania sprawy przez sąd<sup>38</sup>.

Także zarzuty dotyczące ekwiwalentności świadczeń w zamian za przyznane bonusy nie zostały dostatecznie udowodnione. Sąd stwierdził w szczególności, że rozszerzenie sprzedaży asortymentu z sieci Plus na sieć Netto (dyskonty Edeka) stanowiło szansę na zwiększenie sprzedaży przez dostawców, co mogło uzasadniać płatność bonusu<sup>39</sup>. Podobnie modernizacja i renowacja punktów sprzedaży umożliwiała lepszą prezentację towarów, a w konsekwencji szansę na

<sup>37</sup> Wyr. *Oberlandesgerichtshof Düsseldorf* z 18.11.2015, sygn. Az. VI-Kart 6/14 (V), pkt 198.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pkt 209.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pkt 127–132.



większą sprzedaż<sup>40</sup>. Sąd nie dopatrył się również braku uzasadnienia dla płatności bonusu z tytułu synergii, gdyż w jego opinii faktycznie zwiększenie sprzedaży do powiększonej sieci Edeka mogło umożliwić uzyskanie oszczędności po stronie dostawców<sup>41</sup>.

Rozstrzygnięcie Sądu stanowi dotkliwą porażkę dla niemieckiego urzędu ochrony konkurencji, szczególnie z uwagi na oparcie tego rozstrzygnięcia na ustaleniach faktycznych. Jak kilkakrotnie podkreślał sam *Bundeskartellamt* przy okazji wydania decyzji w sprawie *Edeka*, nie można spodziewać się lepszej argumentacji faktycznej niż ta przedstawiona w tym rozstrzygnięciu, albowiem wynikała ona bezpośrednio z ustaleń dokonanych w ramach trwającego kilka lat badania sektorowego, a także postępowania w sprawie wydania zgody na koncentrację Edeka i sieci Plus. *Bundeskartellamt* miał więc bardzo dobrą wiedzę na temat struktury rynku i pozycji Edeka. Sprawa Edeka była traktowana przez niemiecki urząd priorytetowo i miała stać się wyznacznikiem dla rozgraniczenia „twardych negocjacji” od wykorzystywania relatywnej przewagi kontraktowej.

Przegrana niemieckiego urzędu antymonopolowego ma również istotne znaczenie dla dalszych planowanych przez Edeka i inne sieci handlowe fuzji i przejęć oraz zwiększa prawdopodobieństwo żądania przez sieci handlowe „rabatów ślubnych” przy podobnej okazji. Kolejne przejęcie z udziałem Edeka będzie miało miejsce prawdopodobnie niebawem, ponieważ w drodze specjalnej zgody niemiecki Minister ds. Gospodarki i Energii dopuścił możliwość przejęcia przez Edeka sieci Tengelmanna<sup>42</sup> (wbrew wcześniejszemu zakazowi tej koncentracji wydanemu przez *Bundeskartellamt*), a wszelkie środki prawne przeciwko zgodzie Ministra zostały wycofane przez konkurentów Edeka i Tengelmanna pod koniec 2016 r.<sup>43</sup>.

## XI. Sprawa *Edeka* – ciąg dalszy?

Po rozstrzygnięciu sądu ochrony konkurencji w sprawie *Edeka* można stwierdzić, że *Anzapfverbot* pozostaje w Niemczech – przynajmniej w obecnym stanie – martwą regulacją (Künstner, 2016). Z uwagi na ograniczenie zasobów i wysoko zawieszoną przez sądownictwo poprzeczkę w zakresie jakości dowodów potrzebnych do udowodnienia naruszenia, *Bundeskartellamt* nie będzie skłonny zaryzykować kolejnej sprawy, która wymagałaby jeszcze bardziej szczegółowego uzasadnienia faktycznego niż to, zawarte w decyzji w sprawie *Edeka*. Dlatego ewentualny impuls do rozwoju opisywanego zakazu może być wynikiem albo orzeczenia niemieckiego Sądu Najwyższego w ramach procedury odwoławczej od wyroku sądu ochrony konkurencji, albo inicjatywy ustawodawczej i zmian ustawowych w zakresie *Anzapfverbot*.

*Bundeskartellamt* odwołał się od orzeczenia sądu ochrony konkurencji do niemieckiego Sądu Najwyższego. W listopadzie 2016 r. niemiecki Sąd Najwyższy przyjął sprawę do rozstrzygnięcia<sup>44</sup>, stwierdzając, że występują w niej istotne zagadnienia prawne. W szczególności odpowiedzi wymagają następujące pytania:

- w jaki sposób interpretować przesłanki „żądania” przez adresata zakazu przyznania mu „korzyści” oraz czy i w jakim zakresie należy uwzględniać występowanie równoważącej siły

<sup>40</sup> Ibidem, pkt 147–148.

<sup>41</sup> Ibidem, pkt 142–145.

<sup>42</sup> Zarządzenie Ministra ds. Gospodarki i Energii z 9.03.2016 r. Pozyskano z: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/oeffentliche-entscheidung-edeka-kaisers-tengelmann,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (15.01.2017).

<sup>43</sup> Informacja prasowa 39/2016 Sądu Okręgowego w Düsseldorfie z 8.12.2016 r. Pozyskano z: [http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse\\_aktuell/20161208\\_PM\\_Rewe-Beschwerderuecknahme/index.php](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20161208_PM_Rewe-Beschwerderuecknahme/index.php) (15.01.2017).

<sup>44</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 15.11.2016, sygn. KVV 1/16, Nichtzulassungsbeschwerde „Hochzeitsrabatte”.

rynkowej po stronie dostawcy, a także czy punktem odniesienia dla badania naruszenia powinien być całokształt warunków dostawcy, czy też poszczególne żądania pod jego adresem z osobna<sup>45</sup>;

- czy istnieje normatywny związek między żądaniem przyznania korzyści a występowaniem siły rynkowej, tzn. czy samo przyznanie „korzyści” potwierdza istnienie siły rynkowej<sup>46</sup>;
- czy o braku „rzeczowo uzasadnionej podstawy” świadczenia można mówić zawsze, gdy brakuje konkretnego świadczenia wzajemnego ze strony odbiorcy, a także czy inwestycje odbiorcy we własne punkty sprzedaży mogą uzasadniać żądanie przyznania korzyści ze strony dostawcy?<sup>47</sup>.

Sąd Najwyższy podjął się rozstrzygnięcia wskazanych kwestii, które w jego ocenie nie są jasne, a mogą mieć wpływ na kasus *Edeka*, a także stosowanie przepisów dotyczących *Anzapfverbot* w przyszłości.

Odnośnie do inicjatywy ustawodawczej, to niemieckie Ministerstwo Gospodarki i Energii zdążyło zareagować na negatywne rozstrzygnięcie Sądu Ochrony Konkurencji i w ramach prac legislacyjnych nad 9. ustawą nowelizującą GWB zaproponowało zmiany do treści *Anzapfverbot* (§ 19 ust. 2 pkt 5 GWB). Według projektowanej wersji przepisu podmiot dysponujący relatywną siłą rynkową nie będzie mógł „żądać od innych przedsiębiorców przyznania mu korzyści bez uzasadnionej rzeczowo podstawy; w takim przypadku uwzględniać się będzie w szczególności czy żądanie jest dla (takiego) innego przedsiębiorcy uzasadnione w zrozumiałym sposób oraz czy żądana korzyść pozostaje w odpowiednim związku z podstawą żądania”<sup>48</sup>.

Zmiany przepisu potwierdzają metodologię wypracowaną przez *Bundeskartellamt*, szczególnie przez podkreślenie konieczności przejrzystego zaprezentowania przez odbiorcę żądanych przezeń rabatów i innych korzyści oraz ich adekwatności do świadczenia wzajemnego. Niemniej jednak, nowe brzmienie przepisu nie wprowadza żadnych domniemań lub ułatwień dowodowych dla niemieckiego urzędu antymonopolowego. Przegrana urzędu w sprawie *Edeka* nie wynikała bynajmniej z błędnej metodologii, lecz nieprawidłowych ustaleń faktycznych. Z tego względu nie należy się również spodziewać, aby zmiany wynikające z 9. ustawy nowelizującej istotnie wpłynęły na dalsze stosowanie *Anzapfverbot*.

### XIII. Podsumowanie

Zakaz nadużywania pozycji nabywczej w prawie niemieckim jest ciekawym rozwiązaniem legislacyjnym, łączącym rozwiązania z zakresu prawa ochrony konkurencji i zwalczania nieuczciwej konkurencji. Jego charakterystyczną cechą jest odpowiednie stosowanie instrumentów służących przeciwdziałaniu nadużywania pozycji dominującej do adresatów, którzy taką pozycją nie dysponują, lecz w relacji dwustronnej mogą wywierać istotny wpływ na swojego kontrahenta. Mimo długiego okresu obowiązywania regulacji w Niemczech, trudno jednak uznać takie rozwiązanie za wielki sukces.

<sup>45</sup> Ibidem, pkt 7.

<sup>46</sup> Ibidem, pkt 8–10.

<sup>47</sup> Ibidem, pkt 11–14.

<sup>48</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen z 21.09.2016 r., s. 12. Pozyskano z: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/entwurf-eines-neunten-gesetzes-zur-aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschränkungen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (15.01.2017).

W szczególności, najnowsze postępowanie w sprawie *Edeka* ukazuje trudności związane z praktycznym stosowaniem zakazu. Mimo – jak się wydawało – bardzo skrupulatnego przygotowania decyzji stwierdzającej naruszenie oraz zaangażowania istotnych środków w przeprowadzenie badania sektorowego, decyzja niemieckiego urzędu antymonopolowego nie utrzymała się podczas kontroli sądowej przez sąd odwoławczy. Wprawdzie ścieżka sądowa nie została jeszcze wyczerpana i decyzja niemieckiego Sądu Najwyższego może zmienić kierunek interpretacji *Anzapfverbot*, niemniej jednak wyrok sądu odwoławczego sugeruje, że sądy w Niemczech nie będą skłonne do pochopnego stwierdzania naruszenia przewagi nabywczej i będą wymagać szczegółowego uzasadnienia takiego zarzutu.

Opisując rozwiązania przyjęte przez niemieckiego ustawodawcę, nie sposób uniknąć porównań z polską Ustawą. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na wyczerpujące opisanie wszystkich aspektów tej regulacji. Jednakże na kanwie rozwiązań wdrożonych w Niemczech można spróbować wskazać kilka obszarów, które mogą okazać się problematyczne z punktu widzenia polskich regulacji.

Projekt Ustawy zakłada działanie z Prezesa UOKiK przede wszystkim z urzędu. Jak się wydaje, u podstaw fiaska decyzji niemieckiego urzędu antymonopolowego leżał fakt, że postępowanie zostało wszczęte na wniosek organizacji branżowej, a nie samych (domniemanych) poszkodowanych. Podstawowe dowody, na których sąd odwoławczy oparł swoje negatywne dla urzędu antymonopolowego rozstrzygnięcie, wynikały z zeznań osób reprezentujących dostawców w negocjacjach z Edeka. Teoretycznie zeznania te powinny stanowić poparcie też urzędu antymonopolowego, tymczasem stało się wręcz przeciwnie. Powodem może być tu zjawisko, które zauważa również polski ustawodawca, a które w literaturze niemieckiej jest określane jako „problem konia i jeźdźca” (*Ross-und-Reiter Problematik*). Chodzi mianowicie o niechęć dostawców do eskalowania ewentualnych problemów z odbiorcą na poziom jawnego postępowania antymonopolowego lub sądowego z obawy przed utratą odbiorcy lub pogorszeniem relacji z nim w przyszłości. Dlatego zainicjowanie i aktywne popieranie takiego postępowania jest dla dostawców ostatecznością. Jak pokazuje sprawa *Edeka*, nawet podjęcie działań przez organy antymonopolowe bez wniosku poszkodowanego nie jest wystarczające do wyeliminowania tego problemu.

W tym kontekście być może warto poszukiwać alternatywnych rozwiązań, takich jak np. te wdrożone w Wielkiej Brytanii, gdzie kwestie sporów między producentami a sieciami handlowymi w sektorze handlu detalicznym produktami spożywczymi są rozwiązywane w postępowaniu quasi-arbitrażowym prowadzonym przez *Groceries Code Adjudicator*<sup>49</sup>.

Pozytywnie należy natomiast ocenić szczegółowy opis metodologii i kryteriów, którymi kieruje się niemiecki urząd antymonopolowy przy ocenie spraw z zakresu *Anzapfverbot*. Podobnie wysokie standardy dotyczące w zakresie dowodów stawiają niemieckie sądy antymonopolowe. Jak się wydaje, podobne uszczegółowienie byłoby wskazane w odniesieniu do niektórych elementów definicyjnych z polskiej Ustawy, np. w zakresie kryteriów zależności (bliżej niesprecyzowanych w polskiej Ustawie), tak aby np. analiza jakościowa przewagi kontraktowej nie sprowadzała się tylko do określenia udziału danego odbiorcy w wolumenie sprzedaży danego dostawcy. Pozostaje mieć nadzieję, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz polskie sądy antymonopolowe będą czerpać z doświadczeń wynikających z rozwiązań stosowanych w Niemczech.

<sup>49</sup> Por. informacje dotyczące *Groceries Code Adjudicator* dostępne na stronie internetowej tego organu, pobrane z: <https://www.gov.uk/government/organisations/groceries-code-adjudicator/about#what-we-do> (15.01.2017).

## Bibliografia

- Bundeskartellamt. (2014a). Sektoruntersuchung, Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32 e GWB. Bonn. Pozyskano z: [http://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung\\_LEH.pdf%3F\\_\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D7](http://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung_LEH.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D7) (15.01.2017).
- Bundeskartellamt (2014b). Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel Ergebnisse und Schlussfolgerungen. Pozyskano z: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20LEH-Thesen-PM.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20LEH-Thesen-PM.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (15.01.2017).
- Eufinger, A. i Maschmer, A. (2016). Durchsetzung von Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht. *WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis*, 5, 561–567.
- Haucap, J., Heimeshoff, U., Thorwarth, S. i Wey, Ch. (2015). Die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel. Ein Kommentar aus ökonomischer Perspektive. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 06, 605–618.
- Koralewski, M. (2017), Nowy oręż, by stanąć po stronie słabszych dostawców. *Tygodnik Gazeta Prawna*, 13.01.2017.
- Köhler, H. (2015). Nachfragemacht und unlautere Handelspraktiken im Lebensmitteleinzelhandel Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Oxfam Deutschland e.V. (s. 1–29). Pozyskano z: [https://www.oxfam.de/system/files/oxfam\\_gutachten\\_14\\_6\\_2013.pdf](https://www.oxfam.de/system/files/oxfam_gutachten_14_6_2013.pdf) (15.01.2017).
- Künstner, K. (2015). Die Anwendung des kartellrechtlichen Anzapfverbots im Lebensmitteleinzelhandel und darüber hinaus. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 11, 1093–1104.
- Künstner, K. (2016). 9th Amendment of the ARC: Food Retailers and Bargaining Power (I): Enhancement of the So-Called “Anzapfverbot”. Pozyskano z: <https://www.schulte-lawyers.com/schulteblog/11102016> (15.01.2017).
- Lademann, R. (2015). Zur Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, Über den Einfluss von Unternehmensgröße im Handel auf die Einkaufskonditionen. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 07-08, 716–732.
- Lange, K. (2002). Die kartellrechtliche Kontrolle der Gewährung von Rabatten. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 03, 220–229.
- Lowe, P. (2008). Nachfragemacht aus Sicht der Europäischen Kommission, 18.09.2008, s. 1–21. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Reden/Philip%20Lowe%20-%20Nachfragemacht%20aus%20Sicht%20der%20Europ%C3%A4ischen%20Kommission.pdf;jsessionid=9E5C04A17E3DBF014CB94FB99B0C4353.1\\_cid387?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Reden/Philip%20Lowe%20-%20Nachfragemacht%20aus%20Sicht%20der%20Europ%C3%A4ischen%20Kommission.pdf;jsessionid=9E5C04A17E3DBF014CB94FB99B0C4353.1_cid387?__blob=publicationFile&v=2) (15.01.2017).
- Möschel, W. (2013). Marktabgrenzung bei Herstellermarken und Handelsmarken. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 06, 568–574.
- Möschel, W. (2015). Bundeskartellamt mischt den Lebensmitteleinzelhandel auf. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 06, 579.
- Ritter, J.-S. i Käseberg, T. (2012). Der Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 07, 661–670.
- Schmidt, I. (1997). Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB-Novelle. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 02, 101–120.
- Schramm, P. i Trąbski, M. (2016). Chroniąc dostawców, UOKiK będzie musiał być ostrożny, *Gazeta Prawna*, 6.12.2016.