Małgorzata Kozak*

Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Agent jako strona umowy agencyjnej
1. Agent w systemie dystrybucji
2. Charakterystyka prawna sytuacji agenta
III. Agent jako strona porozumienia ograniczającego konkurencję
1. Agent jako organ pomocniczy dającego zlecenie
2. Analiza ryzyk
IV. Wpływ porozumienia na konkurencję
V. Podsumowanie

Streszczenie:

Systemy dystrybucji stają się coraz bardziej złożone. Jednocześnie, aby zrealizować założone cele producenta w ich ramach wykorzystywane są różne rozwiązania prawne. Jednym z takich instrumentów może być agencja. Jednakże, z punktu widzenia prawa konkurencji, agencja posiada specjalny status, wynikający z faktu, że agent jest obecny na dwóch odrębnych rynkach właściwych. W pierwszym obszarze, reprezentuje dającego zlecenie, a w drugim oferuje swoje usługi jako agent. Dualizm ten powoduje pewne trudności praktyczne jak i teoretyczne. Jednocześnie, błędna kwalifikacja dystrybutora jako agenta (i uznanie, że art. 101 ust. 1 TFUE nie ma zastosowania) może skutkować nawet karą finansową nałożoną przez organy ochrony konkurencji, w przypadku kiedy jednak dochodzi do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

Według wykładni art 101 ust. 1 TFUE, aby mogło dojść do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, konieczne jest występowanie dwóch, różnych stron takiego porozumienia. Prowadzi to do swoistego immunitetu umów agencyjnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na pierwszym z opisywanych rynków, kiedy agent zawiera umowę w imieniu zleceniodawcy. Kryteria zastosowania art 101 TFUE do umów agencyjnych zostały wskazane przez Komisję Europejską już w 1962 r. Również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnosi się do tego problemu. Niemniej jednak zagadka jest daleka od rozwiązania, ponieważ proponowane rozwiązania wydają się być niespójne. Jedno z nich skupia się na pojęciu jednolitego organizmu gospodarczego. Inne rozwiązania odnoszą się do teorii organów pomocniczych (ang. *auxiliary*). Najnowsze propozycje rozwiązania skupiają się na kwestii ryzyka podejmowanego przez agenta w związku z umowami, przy zawarciu których pośredniczy.

* Dr nauk prawnych. Radca prawny.

Przeprowadzona analiza pokazuje, że również niektóre inne elementy, w tym ocena skutków takiego porozumienia, muszą być brane pod uwagę przy ocenie umów agencyjnych w świetle art. 101 ust.1 TFUE.

Słowa kluczowe: dystrybucja; agencja; prawo ochrony konkurencji; zakaz porozumień antykonkurencyjnych; zastosowanie art. 101 TFUE; pojęcie przedsiębiorcy; jednolity organizm gospodarczy; organ pomocniczy.

I. Wprowadzenie

Analiza porozumień agencyjnych w świetle art. 101 ust. 1[1] Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)[2] budzi szereg wątpliwości w praktyce. Podwójna rola agenta polegająca na reprezentowaniu z jednej strony dającego zlecenie, a z drugiej na oferowaniu swoich usług na rynku usług agencyjnych jest dyskusyjna m.in. w odniesieniu do analizy samego porozumienia z punktu widzenia statusu agenta, jako przedsiębiorcy oraz wpływu takiego porozumienia na konkurencję. Niniejszy artykuł analizuje problemy związane z zakwalifikowaniem pierwszej z ról agenta – a więc pośrednika reprezentującego podmiot dający zlecenie – w świetle art. 101 ust. 1 TFUE. Prezentuje również przykłady rozstrzygnięć w Polsce. W części poświęconej charakterystyce prawnej sytuacji agenta odwołuje się również do uregulowań francuskich.

Problematyka ta obecna jest w literaturze i orzecznictwie europejskim od 1962 r., a więc od wejścia w życie Komunikatu Komisji odnoszącego się do umów o przedstawicielstwo wyłączne zawartych z przedstawicielami handlowymi[3]. Jednakże, jak zostanie pokazane, nadal trwa poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o podejście do porozumień agencyjnych – zarówno doktrynalne jak i praktyczne.

Analiza dotychczasowych rozstrzygnięć wydawanych przez organy ochrony konkurencji oraz przez sądy przypomina tytułowe gonienie króliczka, albowiem w dalszym ciągu nie jest jasna odpowiedź na pytanie, czy i jak analizować umowy agencyjne w świetle zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Dodatkowo i na marginesie niniejszej analizy, należy wspomnieć, że stanowi to doskonałe *exemplum* pytania o zasadność interwencji regulatora w przypadku porozumień dystrybucyjnych, których wpływ na rynek jest nieznaczny.

Wątpliwości pojawiają się przede wszystkim odnośnie do kwalifikacji agenta[4], bądź to jako samodzielnego przedsiębiorcy[5], bądź to jako podmiotu zintegrowanego z przedsiębiorstwem zleceniodawcy[6]. Wątpliwości budzi również kwestia ograniczenia konkurencji przez taką umowę i kwestia definicji rynku, na który wywiera ona wpływ.

Można wyróżnić liczne teorie dotyczące kwalifikacji umowy agencyjnej z punktu widzenia art. 101 ust. 1 TFUE. Linię podziału między nimi wyznaczały: integracja agenta w przedsiębiorstwie

[1] Art. 101 ust. 1 TFUE definiując zakazane porozumienie ograniczające konkurencję wśród przesłanek konstruujących to pojęcie wymienia m.in. aby porozumienie zostało zawarte między przedsiębiorcami oraz wywierało skutek na konkurencję wewnątrz Unii Europejskiej.

[2] Dz.U. UE, 30.03.2010, C 83, s. 47.

[3] Fr. *Communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce*, Dz.Urz. 139, 24.12.1962, ss. 2921-2922.

[4] Na niwie europejskiej, podstawy harmonizacji umów o przedstawicielstwo handlowe tworzy Dyrektywa Rady 86/653 z 18.12.1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (**Dz.Urz. 1986 L 382/17. Polskie wydanie specjalne: Rozdział 6 Tom 1 s. 177-181).**

[5] Art. 101 TFUE posługuje się pojęciem *przedsiębiorstwa*. Jest ono co do zasady tożsame z pojęciem *przedsiębiorcy* używanym na gruncie ustawy z 16.02.2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331).

[6] Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, 4th Edition, Kluwer Law International 2005, s. 171.

dającego zlecenie, rozróżnienie między dwoma rynkami właściwymi, na których agent funkcjonuje, zakres pojęcia *single economic unit* oraz analiza ryzyk, które agent ponosi, w związku z umowami, przy zawarciu których pośredniczy.

Pierwsza z tych teorii[7] opierała się na propozycji analizy wyłącznie kwestii ograniczenia konkurencji, a nie stopnia integracji agenta w przedsiębiorstwie dającego zlecenie. Teoria ta oparta była na założeniu, iż agent jest w każdym przypadku uważany za przedsiębiorcę. Autorzy tej teorii uznali, że umowa agencyjna jest zawsze zawierana między przedsiębiorcami ponieważ „nie można negować faktu, że agent jest przedsiębiorcą. Umowa agencyjna jest stąd porozumieniem między przedsiębiorcami. Problem nie leży tam"[8]. Teoria ta dostrzega oczywisty z punktu widzenia prawnika fakt, że agent jest profesjonalistą. Natomiast pozostaje otwarte pytanie, czy w zupełności można zignorować kwestie integracji agenta z przedsiębiorstwem dającego zlecenie.

Druga z teorii opiera się na założeniu „skrzyżowania" dwóch podejść. Pierwszego, opartego na rozróżnieniu między rynkiem produktowym a rynkiem świadczenia usług pośrednictwa, z drugim opartym o pojęcie *single economic unit.* Według autora tej teorii, B. Van Houtte, kwestia ryzyk finansowych pozostawała irrelewantna[9].

Z kolei, następna teoria[10] oparta jest o kryterium ryzyka finansowego i odrzuceniu teorii *single economic unit.* Zdaniem rzecznika generalnego G. Tesauro, należy przede wszystkim przeanalizować ryzyka finansowe, a następnie kontekst ekonomiczny porozumienia. Należy oddzielić samą umowę agencyjną od klauzul umownych i badać efekt antykonkurencyjny tych ostatnich. Co więcej, zdaniem tego autora, immunitet porozumień agencyjnych w kontekście art. 101 ust. 1 TFUE nie istnieje. Istnieje natomiast domniemanie zgodności takich umów z postanowieniem art. 101 ust. 1 TFUE.

Ostatnia z teorii sformułowana przez I. Lianos'a podkreśla naturę ambiwalentną porozumień agencyjnych[11]. Autor uzasadnia ich analizę w świetle *Nowej Ekonomii Instytucjonalnej* (NIE). Proponuje w związku z tym umiejscowienie umowy agencyjnej w perspektywie hierarchii i sieci. W przypadku sieci, postanowienie art. 101 ust. 1 TFUE nie będzie miało zastosowania. Zdaniem autora, jednym z kryterium wskazującym na formę niehierarchiczną jest przejście prawa własności (i związana z nim alokacja ryzyk). I. Lianos wskazuje, iż NIE może stanowić znakomite wytłumaczenie teoretyczne dla różnego traktowania umów agencyjnych przez prawo ochrony konkurencji. W perspektywie praktycznej, nacisk powinien zostać położony nie tylko na weryfikacji efektywności alokacyjnej (*allocative efficiency*) i na wyważeniu skutków porozumienia na gruncie art. 101 ust. 3 TFUE, ale również na formie organizacyjnej każdej transakcji. Taka analiza byłaby pomocna w wyjaśnieniu niektórych decyzji organizatora kanału dystrybucji wiążących się z ograniczeniem konkurencji. W mojej opinii, mimo charakteru porządkującego zagadnienie, zwraca uwagę trudność zastosowania tej metody w praktyce.

Postawa Komisji Europejskiej w odniesieniu do stosowania art. 101 TFUE do umów agencyjnych nie jest jednoznaczna. Z jednej strony, w Wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych[12]

[7] N. Koch, G. Marenco, *L'article 85 du Traité CEE et les contrats d'agence*, CDE 1987, ss. 603 i n.

[8] *Ibidem*, s. 604.

[9] B. Van Houtte, *Les contrats d'agence au regard de l'art. 85 CEE, agir pour le compte d'autrui et intégration dans son entreprise*, CDE, 1987, nr 6, s. 345.

[10] Opinia rzecznika generalnego G. Tesauro wygłoszona 8 czerwca 1995, *Bundeskartellamt contre Volkswagen AG et VAG Leasing GmbH.,* C-266/93 (**Zb. Orz. 1995, s. I-3477).**

[11] Zob. : I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique,* Bruylant, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas, Athènes, 2007, ss. 1509 ; I. Lianos, *Commercial agency agreements, vertical restraints, and the limits of Article 81(1) EC: between hierarchies and networks,* Journal of Competition Law and Economics, 2007, 3(4), ss. 625-672.

[12] Obwieszczenie Komisji Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (**Dz.Urz. 2010 C 130/1). Z uwagi na zakres niniejszego artykułu będzie się on odnosił głównie do ww. Wytycznych z 2010 r.**

znajduje się szczegółowe przedstawienie stanowiska Komisji w tym temacie. Z drugiej jednak, w swojej praktyce decyzyjnej Komisja stosuje inny kierunek rozumowania. Co więcej, stanowisko to podlega nierzadko krytyce ze strony Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE, Trybunał). Trudności w ujęciu tematu pokazuje również orzecznictwo Trybunału, w którym pojawiają się różne koncepcje określające stopień niezależności przedstawiciela – m.in. poprzez odesłanie do pojęcia organu pomocniczego, stopnia zintegrowania agenta w ramach grupy kapitałowej czy ryzyk ponoszonych przez agenta.

W związku z kompleksowym zakresem analizy, artykuł będzie dotyczył w pierwszej kolejności roli agenta jako strony umowy agencyjnej. W części tej, zostanie przedstawione umiejscowienie agenta w systemie dystrybucji oraz ogólna charakterystyka prawna sytuacji agenta. Rola agenta jako strony porozumienia (potencjalnie!) ograniczającego konkurencję, zostanie następnie przeanalizowana poprzez przedstawienie dwóch dominujących w orzecznictwie ścieżek, a mianowicie traktowania i analizy agenta jako organu pomocniczego oraz ryzyk, które agent ponosi, w związku z umowami, przy zawarciu których pośredniczy. Następnie, zaproponuję podejście, które – moim zdaniem – powinno być stosowane, a mianowicie skupienie się wokół wpływu porozumienia, jakim jest umowa agencyjna, na konkurencję, a w szczególności na jej ograniczenie przy uwzględnieniu stopnia niezależności agenta.

II. Agent jako strona umowy agencyjnej

1. Agent w systemie dystrybucji

W mojej opinii, nie można rozpatrywać pozycji agenta bez wzięcia pod uwagę uwarunkowań wpływających na wybór systemu dystrybucji, który może zakładać również użycie instytucji agencji. Dystrybucja każdego towaru jest zbiorem wszystkich czynności prowadzących do dostarczenia, w sposób dochodowy, produktu od producenta do użytkownika. Jest elementem szerszego procesu komercjalizacji produktu. Producent wybiera właściwy system dystrybucji w oparciu o jej aspekty ekonomiczne (kalkulacja kosztów), aspekty prawne (kalkulacja ryzyk) przy uwzględnieniu charakteru produktu (cena, jego długość życia etc.)[13]. Jednocześnie, organizując swój system dystrybucji producent może zrezygnować z dystrybucji własnymi metodami (dystrybucja bezpośrednia) lub uciec się do pomocy innych, niezależnych podmiotów (dystrybucja pośrednia). W pierwszym przypadku, może podjąć decyzję o dystrybucji poprzez strukturę swojego przedsiębiorstwa (integracja pionowa) lub poprzez pośredników (obieg pośredni)[14]. Co więcej, umowy z dystrybutorami niezależnymi mogą być zawierane na każdym szczeblu dystrybucji[15].

R. Poździk[16] wskazuje, że pojęcie sieci dystrybucji pochodzi z teorii organizacji przedsiębiorstw, podczas gdy w dziedzinie marketingu używane jest pojęcie kanałów dystrybucji. Producent lub inny podmiot, który organizuje dystrybucję danego produktu, organizuje swoją sieć na podobieństwo sieci pająka, w której punkty sprzedaży pokrywają cały zamierzony przez niego rynek. W takiej sytuacji,

[13] Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 17.01.1996 r., XVII Amr 54/95.

[14] A. Czubała, *Dystrybucja* produktów, Warszawa 2001, s. 19; M. Kotler, *Marketing,* Poznań 2005, s. 511; R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Verba 2006, s. 25.

[15] V. Korah, D. O'Sullivan, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules,* Hart Publishing 2002, s. 1.

[16] R. Poździk, *op. cit*., s. 21.

pojęcie sieci dystrybucji nie obejmuje klienta końcowego, a więc ostatniego etapu sprzedaży, podczas gdy klient ten jest uwzględniony w zakresie pojęcia kanału dystrybucji.

W ramach kanałów dystrybucji nieuniknione są sytuacje konfliktu, w których jeden z podmiotów obecnych odkrywa, że postępowanie innego podmiotu z nim kooperującego tworzy przeszkody w działalności, którą sam prowadzi bądź jego wysiłki na rzecz sprzedaży wykorzystywane są przez inny podmiot na tym samym szczeblu dystrybucji (tzw. pasożytnictwo (fr. *parasitisme*) lub jazda na gapę (ang. *free rider problem*)). Aby zapobiec takim konfliktom, producent może wprowadzić do systemu dystrybucji szereg klauzul, swoistych „bezpieczników umownych". Ich celem jest przede wszystkim ochrona niezależnych dystrybutorów oraz całego systemu dystrybucji przed wzajemnym pasożytnictwem wewnątrz jednej marki oraz zachęcenie dystrybutorów do inwestycji w promocję, serwis posprzedażowy itp.[17]. Takimi klauzulami są m.in. wyłączność, ograniczenie sprzedaży aktywnej, określone wymogi dotyczące lokali, klauzule wyznaczające ceny odsprzedaży (przynajmniej w teorii) itp. Jest oczywiste jednocześnie, że klauzule takie ograniczają konkurencję wewnątrzmarkową.

Każde przeniesienie części kompetencji przez producenta (organizatora systemu dystrybucji) oznacza przyjęcie przez kolejne szczeble coraz większego zakresu kompetencji, a w konsekwencji ryzyk[18]. Jednocześnie, transfer kompetencji może oznaczać również zwiększenie kontroli przez producenta, a więc zmniejszenie niezależności kolejnych szczebli. Utrata niezależności może następować na każdym szczeblu kanału dystrybucji[19]. W każdym przypadku oddelegowania kompetencji na niższy szczebel niezależnego kanału dystrybucji, jego organizator przenosi na ten szczebel część swoich kompetencji. Skrajnym przykładem, w którym swoboda odsprzedawców jest najbardziej ograniczona jest sytuacja, w której dystrybucja jest wykonywana przez pracowników producenta. Na drugim biegunie mieści się system, do którego należą niezależni dystrybutorzy, luźno związani z producentem.

Zakres swobody oddanej niższym szczeblom dystrybucji wyznacza również zakres zastosowania art. 101 TFUE. Przepis ten znajduje zastosowanie w sytuacji dystrybucji realizowanej przez podmioty niezależne. Jednocześnie, stosowanie tego przepisu jest wyłączone, co do zasady, w sytuacji, gdy dystrybucja jest wykonywana przez pracowników lub agentów producenta, a więc wtedy, gdy swoboda niższych szczebli jest najbardziej ograniczona.

W konstrukcji kanałów dystrybucji są brane pod uwagę następujące czynniki: funkcje dystrybucji, charakterystyka produktów (ich cena i ewentualne fazy życia produktu), ryzyka ekonomiczne wynikające z bilansu zysków i strat oraz ryzyka prawne (w tym również prawo konkurencji). Wymienione czynniki wpływają również na decyzję producenta, czy prowadzić samemu dystrybucję, czy oddać część kompetencji „na zewnątrz". W kategoriach ekonomicznych oznacza to, że koszty „zewnętrzne" są niższe niż koszty wygenerowane w ramach tego przedsiębiorstwa (teoria kosztów transakcyjnych). Czynnikiem prowadzącym do wzrostu tych kosztów może być również efekt skali działania przedsiębiorstwa.

W kategoriach prawnych, integracja będzie wyrażała się w klauzulach umownych, takich jak klauzule dotyczące cen, wyłączności czy zakazu konkurencji. Zgodnie z zasadą swobody umów, strony są wolne, jeżeli chodzi o organizację swoich relacji kontraktowych. Jedynym ograniczeniem jest natura stosunku, ustawa lub zasady współżycia społecznego.

[17] C. Prieto [w:] F. Brunet, G. Canivet, *Le nouveau droit de la concurrence,* LGDJ, 2008, s. 112.

[18] F.-J. Semler, R. Roniger, *Distribution Law in the European Community and in Germany*, IBA Conference 2005, Joint Session of Committees Antitrust and International Sales and Related Transactions "Distribution Strategies and Antitrust", Praga, 2005, s. 22.

[19] V. Korah, D. O'Sullivan, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules,* Hart publishing, 2002, s. 1.

2. Charakterystyka prawna sytuacji agenta

Agent, jako przyjmujący zlecenie, w zakresie swego przedsiębiorstwa zobowiązuje się do stałego i za wynagrodzeniem pośredniczenia przy zawieraniu umów z klientami na rzecz drugiej strony (dającego zlecenie) lub do zawierania umów w imieniu i na rachunek drugiej strony[20].

Polski kodeks cywilny wymaga, aby obydwie strony umowy agencyjnej były przedsiębiorcami. Niespełnienie tego warunku po stronie agenta skutkuje niemożliwością zakwalifikowania danej umowy jako umowy agencyjnej. We Francji[21] pozycja agenta wyznaczona jest przez tzw. *upoważnienie we wspólnym interesie*[22]. Jest to wyjątek od zasady zawartej w art. 2004 francuskiego kodeksu cywilnego[23], zgodnie z którą mocodawca może odwołać swoje pełnomocnictwo wtedy, kiedy uważa to za stosowne[24]. W takim wypadku pełnomocnictwo może zostać odwołane przez dającego zlecenie wyłącznie z uzasadnionego powodu, który jest uznany przez orzecznictwo. Rozróżnienie między agentami działającymi w interesie wspólnym a działającymi na podstawie prawa powszechnego[25] staje się kluczowe w momencie odwołania umocowania i zakresu odszkodowania, którego może domagać się agent[26]. Również w systemie francuskim podkreślona jest rola agenta handlowego jako profesjonalisty. Aby utrzymać ten status konieczne jest zachowanie wymogów zarówno materialnych, jak i formalnych gwarantujących dostęp do wykonywania zawodu[27]. Agent handlowy (*agent commercial*) może być zarówno osobą fizyczną, jak i prawną[28]. Spod zakresu ogólnej definicji wyłączeni są agenci, których zakres działalności jest regulowany przepisami szczególnymi[29]. Należy podkreślić, że zgodnie z systemem francuskim agent handlowy nie jest kwalifikowany jako *commercant.* W związku z tym, umowa agencyjna nie ma charakteru handlowego, ale cywilny. Niezależnie od pochodzenia definicji zatem, agent pozostaje niezależnym podmiotem kwalifikowanym[30] – profesjonalistą.

Kwestia autonomii agenta jest również, przedmiotem rozważań prawa prywatnego np. w odniesieniu do kwalifikacji agenta jako pracownika. Samodzielność agenta (jego pozycji prawnej) pozwala odróżniać ten stosunek od stosunku pracy[31]. Subordynacja agenta może wskazywać na przekształcenie umowy agencyjnej w umowę o pracę według orzecznictwa francuskiego Trybunału Kasacyjnego. Obowiązki, które przesądzają o takiej kwalifikacji mogą dotyczyć zachowania wyznaczonego planu dnia czy obowiązku pracy w lokalu wskazanym przez dającego zlecenie itp.

[20] Art. 758 polskiego kc oraz art. 1 ust. 2 Dyrektywy Rady 86/653 z dnia 18 grudnia 1986r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek.

[21] Status przedstawicieli handlowych we Francji, jest określony w ustawie 91-593 z 25.06.1991 r. Jednocześnie, pozostaje w mocy dekret z 23.12.1958 r., zmieniony dekretem nr 92-506 z 10.06.1992 r. Ustawa z 1991 r. została uchylona i częściowo skodyfikowana przez Ordonans 2000-912 z 18.09.2000 r. i jest obecnie częścią Kodeksu Handlowego (art L.134-1 do L. 134-17). D. Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis Litec, 2012, s. 96. Wszystkie tłumaczenia z języka francuskiego i angielskiego zostały dokonane przez autorkę, o ile nie zaznaczono inaczej.

[22] Fr. « *mandat d'intérêt commun* ».

[23] Wersja skonsolidowana, 2 czerwca 2012 dostępny na stronie http://www.legifrance.gouv.fr.

[24] Fr. « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble* ».

[25] Fr. « *les agents commerciaux de droit commun* ».

[26] Francis Lefebvre, karta 21650, https://biblio-dist.univ-tlse1.fr/http/abonnes.efl.fr/portail/portail.do.

[27] F.-J. Pansier, *Agents commerciaux*, JurisClasseur Contrats-Distribution, karta 3490, dostępna na www.lexisnexis.com

[28] Wytyczne Komisji definiują agenta (par. 12) jako osobę prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby (dającego zlecenie), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na: zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie, lub sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie.

[29] Dyrektywa 86/653/WE definiuje przedstawiciela handlowego, jako pośrednika pracującego na własny rachunek, któremu powierzono stałe pośredniczenie przy sprzedaży lub kupnie towarów na rzecz innej osoby, zwanej dalej „zleceniodawcą", lub zawarcie transakcji w imieniu i na rachunek zleceniodawcy (art. 1 ust. 2).

[30] Dyrektywa 86/653 pozostawia wybór formy organizacyjnej prowadzenia działalności agencyjnej państwom członkowskim. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie,* CH Beck 2006, s. 272.

[31] E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna po nowelizacji (art. 758 – 764 [9]), Komentarz*, Zakamycze 2001.

W stosunku do przepisów prawa prywatnego, regulacje prawa publicznego, jakimi są przepisy ochrony konkurencji, mają charakter porządku publicznego. Należy przy tym zauważyć, że Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych posługują się innym, mniej precyzyjnym słownictwem, niż to, które używane jest w regulacjach dotyczących umowy agencyjnej (np. przedstawicielstwo, marża itp.), a jednocześnie są używane jako zamienne z tymi, których używa prawo zobowiązań[32], co już powoduje pewien dysonans w prowadzonej analizie.

Wskazane powyżej przykłady ujęcia umowy agencyjnej przez prawo prywatne są pozornie odległe od problematyki analizy umowy agencyjnej w kontekście zakresu stosowania art. 101 TFUE. Jednak nabierają znaczenia, gdy analizujemy orzecznictwo Sądu (dawniej: Sądu Pierwszej Instancji) w sprawie *hiszpańskich stacji benzynowych* (poniżej); w świetle tego orzecznictwa kwalifikacja sytuacji prawnej podmiotów prowadzących te stacje nie jest oczywista, a staje się kluczowa dla prowadzonej przez Sąd analizy. Wydaje się, że jest to przykład jednego z podstawowych problemów stosowania art. 101 TFUE do umów agencyjnych w praktyce.

III. Agent jako strona porozumienia ograniczającego konkurencję

1. Agent jako organ pomocniczy dającego zlecenie

Umowa agencyjna stanowi porozumienie wertykalne *par excellence*. W związku z powyższym pojawia się pytanie o rozgraniczenie działalności jednostronnej organizatora kanału dystrybucji od porozumienia, w którym jedną ze stron jest agent. W orzeczeniu w sprawie *Bayer Adalate,* Sąd podkreślił, że w przypadku, gdy decyzja producenta stanowi jednostronne postępowanie przedsiębiorstwa, wymyka się ona z zakresu zakazu z art. 81 ust.1 TWE (obecnie 101 ust. 1 TFUE)[33].

W orzeczeniu w sprawie *Suiker Unie*[34], dotyczącym działań podejmowanych przez dużych producentów cukru nakierowanych na podział i utrzymanie udziału na rynkach cukru w wybranych Państwach Członkowskich (w kontekście wspólnej organizacji rynków rolnych), jedną z analizowanych przez TS kwestii był zakaz konkurencji zawarty w umowach o przedstawicielstwo handlowe[35]. Trybunał przyznał, że „generalnie, fakt zabraniania przez producenta lub stowarzyszenie producentów przedstawicielom sprzedającym w swoim imieniu i na swój rachunek, bez zezwolenia, pracy w tym samym czasie dla producentów konkurujących, jest zgodny z naturą i duchem relacji prawnej i ekonomicznej tego typu jak w sprawie". Według Trybunału, jeżeli pośrednik działa na rzecz dającego zlecenie i musi stosować się do instrukcji dającego zlecenie oraz tworzy jednostkę ekonomiczną z przedsiębiorstwem dającego zlecenie, to może zostać uznany za organ pomocniczy zintegrowany z przedsiębiorstwem dającego zlecenie. Jednakże Trybunał uznał, że sytuacja przedstawiciela handlowego jest zbliżona ekonomicznie (między innymi poprzez ponoszenie odpowiedzialności za ryzyka finansowe związane ze sprzedażą dokonaną przez pośrednika) do sytuacji niezależnego handlowca. Trybunał również zauważył, że „w przypadku, gdy producent korzysta z pośrednika stanowiącego organ pomocniczy

[32] D. Mainguy, J.-L. Respaud, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, LexisNexis Litec, 2010, s. 240.

[33] Zob. podobnie wyroki TS z: 25.10.1983 r. w sprawie C-107/82, *AEG* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1983, s. 3151), pkt 38; 17.09.1985 r. w połączonych sprawach C-25/84 i C-26/84 *Ford* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1985, s. 2725), pkt 21. Zob. także wyrok SPI (obecnie: Sąd) z 7.07.1994 r. w sprawie T-43/92 *Dunlop Slazenger* przeciwko *Komisji* (Zb. Orz. 1994, s. II-441), pkt 56.

[34] Wyrok TS z 16.12.1975 r. w połączonych sprawach 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 oraz 114-73, *Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie" UA i inni przeciwko Komisji* (Zb.Orz. **1975, s. 1663).** Zob. analizę tego orzeczenia przez A. Jurkowską [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964 – 2004,* Warszawa 2007, ss. 125 i n. Por. M. Kozak [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji w praktyce*, LexisNexis 2012, s. 98.

[35] Pkt 458 i n.

zintegrowany w jego przedsiębiorstwie, zakupy dokonane od przedstawiciela stanowią w rzeczywistości zakupy dokonane u dającego zlecenie".

Odpowiadając na argument, że pośrednicy, z którymi dający zlecenie zawarł umowy, są w rzeczywistości przedstawicielami handlowymi i w związku z tym art. 81 TWE (obecnie 101 TFUE) nie znajduje do nich zastosowania, Trybunał stwierdził, że rzeczywiście, „pośrednicy mogą być traktowani jako organy pomocnicze zintegrowane z przedsiębiorstwem dającego zlecenia, w taki sposób, iż postanowienia zakazujące konkurencji uzgodnione między nimi mogą stanowić porozumienie między przedsiębiorstwami zakazane na mocy art. 81" (obecnie 101 TFUE). Jednocześnie Trybunał zauważył, że porozumienia w ramach jednego organizmu gospodarczego niekoniecznie automatycznie muszą być traktowane jako wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Stąd struktura gospodarcza takich podmiotów musi być w każdym przypadku przedmiotem analizy[36].

Pytanie, czy art. 101 ust. 1 TFUE dotyczy stosunków agencyjnych zostało postawione pośrednio przez Trybunał w sprawie dotyczącej przepisów podatkowych nałożonych przez państwo członkowskie (Belgia), na biura podróży[37]. Były one obowiązane przestrzegać cen i stawek ustalonych przez „organizatorów wycieczek". Regulacja jednocześnie zakazywała tym samym przedstawicielom „dzielenia" się z klientami prowizją otrzymaną za sprzedaż wycieczek. W swoim orzeczeniu, Trybunał orzekł, że istniała w Belgii „sieć umów" nakładających na biura podróży obowiązek, aby stosować cenę sprzedaży ustaloną przez *tour operatorów* oraz aby zakazać „dzielenia" się prowizją z klientami. Co więcej, Trybunał podkreślił, że z akt sprawy wynika, iż belgijskie przepisy wpisują się w szerszy kontekst charakteryzujący się obecnością umów na różnych poziomach wymagających od biura podróży, aby przestrzegać cen wycieczek określonych przez operatorów turystycznych. Trybunał orzekł, że biuro podróży, takie jak opisane przez sąd krajowy, powinno zostać uznane za niezależnego pośrednika świadczącego usługi w sposób autonomiczny, nawet jeżeli zawiera umowy na wycieczki w imieniu i na ryzyko dającego zlecenie. Rzeczywiście, z jednej strony agent sprzedaje wycieczki organizowane przez bardzo dużą liczbę organizatorów wycieczek - z drugiej jednak - organizator wycieczek sprzedaje podróż przez bardzo dużą liczbę agentów. Takie biuro podróży nie może być uznane za organ pomocniczy zintegrowany z przedsiębiorstwem takiego czy innego organizatora wycieczki. Wynika stąd, że wielość relacji (między touroperatorami i agentami) wymaga zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE i biuro podróży jest niezależnym pośrednikiem świadczącym usługi. W orzeczeniu tym, Trybunał oparł się zatem na kryterium jednostki gospodarczej, nie analizując stopnia integracji agentów w przedsiębiorstwie dającego zlecenie. Oczywiste jest, że Trybunał uznał za możliwe poddanie umowy agencyjnej regułom prawa konkurencji w związku z możliwym ich wpływem na rynek.

W sprawie dotyczącej praktyk uzgodnionych na rynku barwników anilowych, Trybunał odnosił się również do jedności działania spółek zależnych i ich przedsiębiorstw macierzystych (mających siedzibę w krajach trzecich) i orzekł, że w celu stosowania reguł konkurencji formalne rozdzielenie dwóch spółek, wynikające z ich odrębnej osobowości prawnej, nie jest rozstrzygające. Decydującym kryterium jest natomiast ustalenie, czy na rynku zachowują się one w jednolity sposób, czy też nie[38].

[36] A. Jurkowska, op. cit., s. 132.

[37] Wyrok TS z 1.10.1987 r. w sprawie 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus* przeciwko *ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* (Zb. Orz. 1987, s. 3801).

[38] Wyrok TS z 14.07.1972 r. w sprawie 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.* przeciwko *Komisji* (Zb. Orz. 1972, s. 619), pkt. 140.

Przykład stosowania domniemania odpowiedzialności spółki matki został m.in. zobrazowany w wyroku w sprawie *Air Liquide*[39].

Odnośnie do umów dystrybucyjnych w wyroku w sprawie *Hydrotherm*[40] Trybunał orzekł, że pojęcie przedsiębiorstwa w kontekście prawa konkurencji należy rozumieć jako jednostkę gospodarczą w zakresie porozumienia, o którym mowa, nawet jeśli z prawnego punktu widzenia taka jednostka gospodarcza składa się z kilku osób lub podmiotów. Tak więc odpowiada wymogowi określonemu w art. 1 pkt 1 rozporządzenia Komisji nr 67/67[41] sytuacja, w której po jednej ze stron umowy występuje kilka podmiotów, które mają taki sam interes i które są kontrolowane przez tę samą osobę, także będącą stroną umowy. W tych warunkach nie ma w istocie konkurencji między osobami zaangażowanymi jednocześnie po jednej ze stron umowy.

W sprawie *VAG Leasing*[42] Trybunał przedstawił analizę opartą na skrzyżowaniu pojęcia jednostki ekonomicznej z analizą ryzyka finansowego. Trybunał odrzucił argument VAG i VAG Leasing, iż niemieccy dystrybutorzy VAG Leasing tworzą jednostkę ekonomiczną z VAG i VAG Leasing ponieważ ponoszą, przynajmniej w części, ryzyko finansowe w związku z transakcjami zawartymi w imieniu VAG Leasing, bo odkupują pojazdy od VAG Leasing po zakończeniu umów leasingowych. Co więcej, ich podstawowa działalność sprzedaży i serwisu posprzedażnego jest prowadzona w dużej mierze niezależnie w ich własnym imieniu i na własny rachunek. W związku z powyższym, umowy agencji wiążące wszystkich dystrybutorów VAG z VAG Leasing są porozumieniami w rozumieniu art. 85 (1) TWE (obecnie 101 ust.1 TFUE). Przedstawiciele tracą charakter niezależnych podmiotów gospodarczych, jeżeli nie ponoszą żadnego ryzyka wynikającego z umów wynegocjowanych przez nich na rzecz zleceniodawcy i działają jako organy pomocnicze zintegrowane z przedsiębiorstwem zleceniodawcy[43].

Uznając, że naruszenia prawa konkurencji nie można przypisać do spółek należących do tej samej grupy przedsiębiorstw, Sąd Antymonopolowy, bez dokonania analizy stopnia niezależności spółek należących do tej samej grupy, stwierdził w 1996 r., że umowy zawarte przez spółki należące do tej samej grupy nie są uważane za porozumienia ograniczające konkurencję[44].

2. Analiza ryzyk

Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych[45] rzeczywiście rozróżniają dwa obszary działalności agenta wpływające na zakres przedmiotowy umowy agencyjnej. Problem stosowania lub niestosowania art. 101 TFUE dotyczy pierwszej funkcji agenta działającego lub nie – jako część działalności dającego zlecenie. Jednocześnie przyjmuje się, że nałożone na agenta zobowiązania, na jakich agent może sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem, np. ograniczenia co do terytorium i klientów oraz cen i warunków, stanowią nieodłączną część umowy agencyjnej.

[39] Wyrok Sądu z 16 czerwca 2011, T-185/06, *L'Air liquide, société anonyme pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude, przeciwko Komisji, www.curia.eu.*

[40] Wyrok TS z 12.07.1984 r. w sprawie 170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH* przeciwko *Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sa* (Zb.Orz. 1984, s. 2999).

[41] Rozporządzenie Komisji nr 67/67/EEC z 22.03.1967 r. dot. stosowania art. 85 (3) Traktatu to określonej kategorii porozumień wyłącznych.

[42] Wyrok Trybunału z 24.10.1995 r. w sprawie C-266/93, *Bundeskartellamt* przeciwko *Volkswagen AG i VAG Leasing GmbH* (Zb. Orz. 1995, s. I-3477).

[43] Ibidem, pkt 19.

[44] Wyrok Sądu Antymonopolowego z 17.01.1996 r. (XVII Amr 54/95, Wokanda 1997, nr 4).

[45] W tym artykule analizowana jest wyłącznie aktualnie obowiązująca wersja Wytycznych Komisji Europejskiej z 2010 r.; sygnalizowane są jednak także zmiany dokonane w stosunku do Wytycznych z 2000 r.

Zgodnie z Wytycznymi z punktu widzenia stosowania art. 101 ust. 1 TFUE istotne jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie. Jeżeli agent nie ponosi żadnego ryzyka lub ponosi jedynie nieznaczne ryzyko w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności oraz w związku z innymi działaniami, których podjęcia na tym samym rynku produktowym wymaga dający zlecenie, Wytyczne uznają taką umowę za umowę agencyjną na potrzeby stosowania art. 101 TFUE (poprzednie Wytyczne z 2000 roku nazywały takiego agenta „*prawdziwym agentem*"[46]). Irrelewantne jest przy tym ryzyko związane ogólnie z działalnością polegającą na świadczeniu usług agencyjnych –ryzyko, iż dochód agenta jest uzależniony od jego sukcesów jako agenta, ogólne inwestycje np. w lokal lub personel. Autorzy Wytycznych wyodrębniają trzy rodzaje ryzyka finansowego lub handlowego, które są istotne dla zdefiniowania umowy agencyjnej w związku ze stosowaniem art. 101 ust.1 TFUE[47].

Po pierwsze chodzi o ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta na rzecz dającego zlecenie, np. finansowanie zapasów. Drugą kategorią są ryzyka odnoszące się do inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Komisja wskazuje na inwestycje specjalnie wymagane przy danym rodzaju działalności, do której agent został wyznaczony przez dającego zlecenie, tj. które są konieczne, aby umożliwić agentowi zawarcie lub negocjowanie tego rodzaju umowy. Takie inwestycje są zwykle utopione, co oznacza, że po zaprzestaniu konkretnej działalności inwestycji tych nie można wykorzystać do innych działań lub sprzedać inaczej niż ze znaczącą stratą. W Wytycznych z 2010 r. dodana została trzecia kategoria ryzyk związanych z innymi działaniami podejmowanymi na tym samym rynku produktowym w tej mierze, w jakiej dający zlecenie wymaga podjęcia takich działań przez agenta, ale nie w charakterze agenta działającego na rzecz dającego zlecenie, lecz na własne ryzyko.

W odniesieniu do wyznaczania cen odsprzedaży Wytyczne przyznają, że to dający zlecenie ustala cenę sprzedaży. Aby uniknąć sytuacji, że wyznaczanie ceny odsprzedaży przez dającego zlecenie zostaje zakwalifikowane jako „najpoważniejsze naruszenie prawa konkurencji", obniżanie ceny faktycznie zapłaconej przez klienta powinno odbywać się bez zmniejszania dochodu dającego zlecenie, a więc z prowizji agenta.

Aby ocenić, czy porozumienie stanowi umowę agencyjną, Wytyczne wskazują na moment przejścia prawa własności do zakupionych lub sprzedanych towarów. Jednocześnie, agent nie może ponosić kosztów, które są normalnie związane z dostawą towarów, ich przechowywaniem, reklamą, inwestycjami związanymi z rynkiem sprzedawanych produktów czy innymi czynnościami na tym rynku wymaganymi przez dającego zlecenie, chyba, że dający zlecenie zapewnia pełny zwrot kosztów. Ponadto, agent nie może ponosić odpowiedzialności za szkody spowodowane przez towary oraz za wykonanie umowy przez klienta (z wyjątkiem odliczenia potencjalnej szkody od prowizji). Wskazane kategorie odpowiedzialności agenta nie mają charakteru zamkniętego.

Oczywiście, Wytyczne nie mają charakteru wiążącego i faktycznie stosowanie art. 101 ust. 1 TFUE przez Komisję odchodzi od zawartych w nich zasad, czego przykładem jest decyzja w sprawie *Daimler Chrysler*, w zakresie dotyczącym przedstawicieli Mercedes-Benz w Niemczech decyzja ta nie utrzymała się przed Sądem.

[46] Ang. „*genuine agent*", fr. „*vrai agent*".

[47] Por. M. Kozak [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji w praktyce*, LexisNexis 2012, s. 98.

W sprawie *Daimler Chrysler*[48], Sąd Pierwszej Instancji przeanalizował umowy między producentem a jego przedstawicielami[49], w tym ryzyko ceny pojazdów (redukcja ceny sfinansowana z prowizji), ryzyko transportu, ryzyko związane z samochodami pokazowymi i serwisem gwarancyjnym. W odniesieniu do ryzyka ceny pojazdów Sąd stwierdził, że przedstawiciel niemiecki, który nie jest zobowiązany dysponować składem samochodów, nie powinien być utożsamiany z dystrybutorem samochodów. Ten ostatni bowiem dysponuje marżą, z której finansuje swoją działalność oraz z której może udzielić rabaty. Jeżeli przedstawiciel nie zamierza rezygnować z części swej prowizji, udzielając rabatu, nie dokonuje zamówienia na samochód. Jednocześnie nie ponosi kosztów składowania aut. W związku z powyższym przedstawiciel nie może być utożsamiany z dystrybutorem samochodów. Zdaniem Sądu nie jest ryzykiem ceny fakt wyłącznie upoważnienia - a nie zobowiązania – niemieckiego przedstawiciela Mercedes-Benz do udzielania rabatów potrącanych z jego prowizji. Sam przedstawiciel, rezygnując z części swojej prowizji, korzysta ze swobody działalności gospodarczej. Jednocześnie, optymalizuje całościową prowizję, gdy sprzedaje więcej samochodów. Sąd zauważył, że swoboda działalności handlowej niemieckich przedstawicieli Mercedes-Benz w zakresie sprzedaży pojazdów tej marki jest bardzo ograniczona, przez co umowy agencyjne nie wpływają na konkurencję na danym rynku, tj. na rynku handlu detalicznego samochodami osobowymi marki Mercedes. To Mercedes-Benz podejmuje decyzje o akceptacji albo odrzuceniu zamówień (i cenie transakcyjnej) wynegocjowanych przez przedstawiciela. Jednocześnie, to Mercedes-Benz ponosi konsekwencje finansowe (a wiec ryzyko transakcji) w sytuacji, gdy klient zamawia pojazd, a do sprzedaży jednak nie dochodzi. Przedsiębiorca również przyjmuje na siebie całość rozpatrywanego ryzyka, w szczególności brak dostawy, wadliwą dostawę i niewypłacalność klienta. Zdaniem Sądu „w tych warunkach należy stwierdzić, że przedstawiciele wchodzą ze skarżącą w stosunek charakteryzujący się tym, że dokonują oni sprzedaży pojazdów Mercedes-Benz, co do zasady pod jej kierunkiem, z tym skutkiem, że winni oni być postrzegani jako pracownicy i traktowani jako zintegrowani z tym przedsiębiorstwem, tworząc tym samym ze skarżącą jednostkę gospodarczą".

Odnosząc się do ryzyka transportu polegającego na dostawie pojazdu przez przedstawiciela za wynagrodzeniem uzgodnionym z klientem, Sąd zauważył, że przed dokonaniem przewozu klient zostaje poinformowany o dacie dostawy pojazdu. W przypadku niemożności skontaktowania się z nim, pojazd nie opuszcza fabryki. Sąd uznał, że Komisja położyła istotny akcent na stopień ryzyka ponoszonego przez przedstawiciela w zakresie kosztów przewozu. Kolejną kwestią rozważaną przez Sąd było pytanie, czy może zostać zakwalifikowane jako ryzyko to, iż przedstawiciel jest zobowiązany ponieść koszt pojazdów pokazowych, a Mercedes-Benz ma prawo w danym przypadku określić ich liczbę, którą uważa za konieczną. Jednak, zdaniem Sądu, fakt, iż pojazdy te zostały zakupione po cenach preferencyjnych i mogą zostać odsprzedane od trzech do sześciu miesięcy później (kiedy osiągną minimum 3000 km przebiegu) sprawia, że mimo istnienia takiego ryzyka, zostało ono przerysowane przez Komisję.

[48] Wyrok SPI z 15.09.2005 r. w sprawie T-325/01, *DaimlerChrysler v. Commission* (Zb. Orz. 2005, s. II-3319). Zob. : L. Idot, Europe 1995, n° 441, karta 1450; C. Robin, *De l'intérêt du réseau d'agents en droit des ententes et du danger des participations aux réunions*, Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation 2005 s. 20-23; M. Debroux, *Contrat d'agence - Imputabilité: Le TPI annule la majeure partie de l'amende infligée et encadre du principe d'imputabilité les pratiques d'une filiale à la maison mère (DaimlerChrysler)*, Concurrences, nr 4-2005, nr 523, ss. 63-64 ; J.-P.Gunther, *Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés Européennes. du 15 septembre 2005, affaire T-325/01, DaimlerChrysler c/ Commission: le Tribunal réduit l'amende imposée par la Commission*, Gazette du Palais, 2006, nr 20-21, ss.17-19.

[49] Sprawa sięga początku roku 1995, kiedy to Komisja otrzymała od konsumentów wiele skarg, które dotyczyły ograniczeń w wywozie nowych pojazdów silnikowych marki Mercedes-Benz nałożonych przez spółki Daimler-Benz w różnych państwach członkowskich. Wszystkie odniesienia do Daimler Chrysler, Mercedes-Benz i Daimler-Benz dotyczą skarżącego w analizowanej sprawie.

Odnośnie do napraw gwarancyjnych, Sąd uznał, że Komisja nie wykazała, aby ryczałt gwarancyjny był niestosowny z handlowego punktu widzenia i aby w konsekwencji przedstawiciela obciążało rzeczywiste ryzyko finansowe wynikające ze zobowiązania do wykonywania napraw gwarancyjnych. Nie zostały uznane za istotne ryzyko gospodarcze zobowiązania w zakresie otwarcia warsztatu naprawczego i oferowania serwisu posprzedażnego oraz składowania części zamiennych. Zdaniem Sądu, Komisja nie dokonała poprawnej analizy zobowiązań nałożonych w ramach wykonania umowy przedstawicielstwa handlowego i związanych ze sprzedażą pojazdów. Jednocześnie, Komisja nie sprecyzowała domniemanego znaczenia obrotu realizowanego przez przedstawiciela dzięki działalności, która jest powiązana umownie ze sprzedażą pojazdów, w porównaniu z obrotem, jaki osiąga on w ramach samej tylko sprzedaży. Tym samym, Komisja nie wykazała, w jakim zakresie zobowiązania te stanowią istotne ryzyko obciążające przedstawiciela. Jak podkreślił Sąd, zobowiązania te nie mogą zostać uznane za ryzyko handlowe.

Kolejną sprawą, w której analizowana była kwestia ryzyk w umowach agencyjnych, była sprawa CEEES dotycząca sporu między Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio („CEEES"), a Compañía Española de Petróleos SA[50]. Postępowanie przed sądem krajowym dotyczyło praktyk ograniczających konkurencję, które wynikały z umów zawartych między CEEES, a niektórymi przedsiębiorstwami prowadzącymi stacje paliw[51]. Trybunał podkreślił, że w sytuacji, gdy pośrednik prowadzący stację paliw, pomimo odrębnej osobowości prawnej, nie określa w niezależny sposób swojego zachowania na rynku, zakaz ustanowiony w art. 85 ust. 1 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE) nie ma zastosowania do stosunków między tym pośrednikiem a zleceniodawcą. Zdaniem Trybunału, z orzecznictwa wynika, że decydującym kryterium oceny, czy prowadzący stację paliw jest niezależnym podmiotem gospodarczym, jest umowa zawarta ze zleceniodawcą. Analizie podlegają, w każdym poszczególnym przypadku, - z uwzględnieniem sytuacji gospodarczej - w szczególności milczące lub wyraźne klauzule tej umowy, które dotyczą przejęcia ryzyka finansowego i handlowego towarzyszącego sprzedaży towarów osobom trzecim.

W tych okolicznościach Trybunał uznał, że należy ocenić, czy w ramach umów, które mają cechy opisane przez sąd krajowy, prowadzący stacje paliw ponoszą pewne ryzyko finansowe i handlowe towarzyszące sprzedaży paliw na rzecz osób trzecich, czy też nie. Jednocześnie, przekazane Trybunałowi akta nie zawierały kompletnych informacji na temat sposobu, w jaki ten podział jest dokonywany w ramach umów zawartych między CEPSA, a prowadzącymi stacje paliw. Niemniej, Trybunał wskazał kryteria umożliwiające ocenę rzeczywistego podziału ryzyka finansowego i handlowego pomiędzy prowadzącymi stacje paliw, a dostawcą paliw. Zdaniem Trybunału, należy wziąć pod uwagę z jednej strony ryzyko towarzyszące sprzedaży towarów, takie jak finansowanie zapasów paliw, a z drugiej strony ryzyko towarzyszące inwestycjom specyficznym dla rynku, a mianowicie inwestycjom, które są niezbędne do tego, aby prowadzący stację paliw miał możliwość negocjowania lub zawierania umów z osobami trzecimi.

[50] Wyrok TS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* contre *Compañía Española de Petróleos SA* (Zb. Orz. 2006, s. I-11987). Zob. : B. Cheynel, *Retour sur la nécessaire autonomie des entreprises parties à une entente à la lumière des contrats de distribution de carburants*, Revue Lamy droit des affaires 2007 nr 12, ss. 61-62; E. Dieny, *Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence*, La Semaine juridique - entreprise et affaires 2007 nr 1795, ss. 28-32. C. Robin, *Entreprise autonome et distributeur*, Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation 2007 nr 11, s. 25-26; L. Idot, Nouvelles précisions sur les contrats d'agence, Europe 2007 Février Comm. nr 67 s.24, P. Arhel, *Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence* (octobre-décembre 2006), Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique 2007 nr 41 ss. 21-22; C. Prieto, *Droit spécial du contrat. L'applicabilité de l'article 81 CE aux contrats d'agence commerciale suppose un comportement indépendant du distributeur*, Revue des contrats 2007, ss.763-765.

[51] Sprawa dotyczyła wykładni art. 10-13 rozporządzenia Komisji (EWG) nr 1984/83 z 22.06.1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii umów wyłącznego zakupu (Dz.Urz. 1983 L 173/5 wraz ze sprostowaniem Dz. Urz. L 79/38).

W pierwszym rzędzie, Trybunał odniósł się do ryzyka towarzyszącego sprzedaży towarów. Zdaniem Trybunału „prawdopodobnie prowadzący stację paliw ponosi to ryzyko, gdy staje się właścicielem towarów od momentu otrzymania ich od dostawcy". Moment ten poprzedza sprzedaż osobie trzeciej. Za część ryzyka towarzyszącego sprzedaży towarów, Trybunał również uznał koszty (bezpośrednie lub pośrednie) związane z dystrybucją towarów, w szczególności koszty transportu, jak i koszty utrzymania magazynów.

Następną kwestią poruszoną przez Trybunał jest odpowiedzialność za ewentualne szkody powstałe w towarach, takie jak utrata czy pogorszenie jakości, oraz odpowiedzialność za szkodę spowodowaną przez wady towarów sprzedanych osobom trzecim. Przeniesienie na prowadzącego stację paliw odpowiedzialności związanej z tymi szkodami wskazuje zdaniem Trybunału, na przeniesienie na niego ryzyka niezależnie od tego, czy przestrzegał obowiązku przechowywania tych towarów w warunkach pozwalających na uniknięcie jakiejkolwiek utraty czy pogorszenia ich jakości, czy też nie.

Trybunał zbadał też, czy zapłata na rzecz dostawcy kwoty odpowiadającej cenie sprzedaży paliwa zależy od ilości paliwa rzeczywiście sprzedanej w tym terminie. A następnie czy paliwo dostarczone przez dostawcę zostało zbyte w terminie dziewięciu dni (zgodnie z umową między stronami, termin zapłaty przez prowadzącego stację liczony od momentu dostawy). W razie odpowiedzi pozytywnej należałoby wyciągnąć wniosek, że ryzyko handlowe ponosi dostawca.

Również, fakt dokonania przez prowadzącego stację inwestycji specyficznych dla rynku, takich jak inwestycje w lokal, zbiornik na paliwo, akcje promocyjne, wskazuje na przeniesienie ryzyka.

W konsekwencji, zdaniem Trybunału, „z powyższego wynika, że w celu ustalenia, czy art. 85 Traktatu [obecnie art. 101 TFUE] znajduje zastosowanie, należy dokonać analizy podziału ryzyka finansowego i handlowego pomiędzy prowadzącego stację paliw a dostawcę paliw, w zależności od kryteriów, takich jak własność towarów, udział w kosztach ich dystrybucji, ich utrzymanie, odpowiedzialność z tytułu ewentualnych szkód w towarach lub szkód spowodowanych przez te towary osobom trzecim oraz realizacja inwestycji specyficznych dla sprzedaży tych towarów". Trybunał stwierdził też jednoznacznie, że „okoliczność, iż pośrednik ponosi jedynie niewielką część ryzyka nie może prowadzić do zastosowania art. 85 Traktatu". Dokonał rozróżnienia między zobowiązaniami nałożonymi na pośrednika w ramach sprzedaży towarów osobom trzecim na rachunek zleceniodawcy, które nie są objęte zakresem tego przepisu. Zdaniem Trybunału, sama umowa agencyjna może zawierać postanowienia dotyczące stosunków między agentem a zleceniodawcą, do których art. 101 TFUE będzie miał zastosowanie (np. klauzule wyłączności i klauzule zakazu konkurencji). Zgodnie z wyrokiem zatem „należy uznać, że w ramach takich stosunków agenci są w zasadzie niezależnymi podmiotami gospodarczymi oraz że omawiane klauzule mogą naruszyć reguły konkurencji w zakresie, w jakim powodują zamknięcie omawianego rynku".

Również na tle sporu, jaki powstał pomiędzy CEPSA Estaciones de Servicio SA („CEPSA"), a LV Tobar e Hijos, SL („Tobar")[52], Trybunał ocenił ryzyka wynikające z zawartej przez tych dwóch przedsiębiorców umowy wyłącznego zakupu. Rozpatrując pytania sądu hiszpańskiego, Trybunał odwołał

[52] Wyrok TS z 11.09.2008 w sprawie C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA contre LV Tobar e Hijos SL* (Zb. Orz. 2008, s. I-6681). Zob.: F. Chaltiel, C. J. Berr, S. Francq, C. Prieto, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes.* Concurrence, Journal du droit international 2009 ss. 696-699; E. Dieny, *Consolidation de l'analyse et du traitement des relations entre commettant et agent au regard du droit des ententes*, La Semaine Juridique-entreprise et affaires 2008 nr 2470 ss. 25-27; L. Idot, *Contrat d'approvisionnement exclusif et clause de prix imposés*, Europe 2008 Novembre Comm. nr 382 ss.40-41; L. Idot, *Droit spécial du contrat. Retour sur les clauses de prix imposés dans les contrats d'approvisionnement exclusif*, Revue des contrats 2009 ss.116-119; J. Philippe, M. Trabucchi, *Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes.*, Gazette du Palais 2009 nr 315-318.

się do sprawy CEES. Trybunał stwierdził, że decydującym kryterium oceny, czy prowadzący stację paliw jest niezależnym podmiotem gospodarczym jest umowa zawarta ze zleceniodawcą i ryzyka w niej ujęte.

Odnośnie do ryzyka towarzyszącego sprzedaży towarów, Trybunał stwierdził, że „można przypuszczać, że ponosi je prowadzący stację paliw". Jako moment przejścia ryzyka wskazał przejście własności, to jest moment otrzymania towarów od dostawcy. Jako inne przesłanki wskazujące na przejście ryzyka na prowadzącego stację, Trybunał wskazał: koszty (ponoszone pośrednio i bezpośrednio) związane z dystrybucją tych towarów, w szczególności koszty transportu; koszty utrzymania magazynów; odpowiedzialność za ewentualne szkody powstałe w towarach, szkody wyrządzone przez towary sprzedane osobom trzecim. Dodatkowo wskazał ryzyko finansowe związane z towarami. Zdaniem Trybunału, takie ryzyko pojawia się, kiedy odbiorca musi zapłacić dostawcy kwotę odpowiadającą ilości dostarczonych paliw, a nie ilości paliw rzeczywiście sprzedanych.

Jeżeli chodzi o ryzyko towarzyszące inwestycjom specyficznym dla rynku, zdaniem Trybunału fakt, że odbiorca dokonuje inwestycji w lokal lub w wyposażenie (takie jak zbiornik na paliwo) czy też inwestycji w akcje promocyjne wskazuje, iż ryzyko to zostaje przeniesione na prowadzącego stację paliw. Trybunał podkreślił, że okoliczność, iż podmiot prowadzący stację paliw ponosi jedynie niewielką część ryzyka, nie pociąga za sobą możliwości zastosowania art. 101 TFUE.

Trybunał również rozróżnił istnienie dwóch płaszczyzn zobowiązań. Pierwsze z nich są związane ze zobowiązaniami nałożonymi na pośrednika w ramach sprzedaży towarów osobom trzecim na rachunek zleceniodawcy, w tym ustalanie detalicznych cen sprzedaży. Drugie dotyczą stosunków istniejących między agentem a zleceniodawcą, jako niezależnymi podmiotami gospodarczymi. W tym drugim przypadku reguły konkurencji mogą zostać naruszone w zakresie, w jakim zobowiązania te (np. wyłączność i zakaz konkurencji) powodują zamknięcie danego rynku.

Jednocześnie Trybunał podkreślił, że jeżeli z analizy ryzyka wynika, iż w danym przypadku między przedsiębiorstwami istnieje porozumienie w rozumieniu art.101 TFUE mające za przedmiot sprzedaż towarów osobom trzecim, ustalanie ich cen detalicznych stanowi ograniczenie konkurencji wyraźnie przewidziane w ust. 1 lit. a) tego artykułu. Taka sytuacja ma miejsce zwłaszcza „jeśli wszystkie inne przesłanki jego zastosowania zostały spełnione, czyli jeśli celem lub skutkiem takiego porozumienia byłoby ograniczenie w istotny sposób konkurencji na rynku wewnętrznym bądź mogłoby ono wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi".

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że umowa o wyłączną dostawę produktów ropopochodnych może wchodzić w zakres stosowania art.101 ust. 1 TFUE. Taka sytuacja zachodzi, jeśli podmiot prowadzący stację paliw przyjmuje na siebie przynajmniej w znacznej części ryzyko finansowe i handlowe związane ze sprzedażą tych produktów osobom trzecim, a umowa ta zawiera klauzule mogące naruszyć konkurencję, takie jak klauzula dotycząca ustalania detalicznych cen sprzedaży. W przypadku gdy podmiot prowadzący stację benzynową nie przyjmuje na siebie takiego ryzyka lub przyjmuje tylko jego nieznaczną część, w zakres stosowania tego postanowienia mogą wchodzić jedynie zobowiązania nałożone na podmiot prowadzący stację paliw w ramach oferowanych przezeń zleceniodawcy usług pośrednika, takie jak klauzula wyłączności i zakaz konkurencji.

W obu wyrokach dotyczących hiszpańskich stacji benzynowych brakuje zasadniczego elementu, jakim jest specyfika analizowanego przez Trybunał rynku właściwego. Odsprzedaż detaliczna produktów roponośnych angażuje inwestycje w działkę, zbiorniki, serwis towarzyszący sprzedaży czy

zapewnienie bezpieczeństwa magazynowanych substancji. Taka sieć sprzedaży zorganizowana jest często na zasadzie franczyzy, czy wręcz bezpośrednich inwestycji dostawcy. Pojawia się pytanie, czy poza kwestią własności towaru, nie ma innych czynników wskazujących na zależność prowadzących te stacje od dostawcy. Trybunał podniósł też kwestię potencjalnego efektu umowy lub umów (np. efekt sieci) na konkurencję.

IV. Wpływ porozumienia na konkurencję

Moim zdaniem należy zadać pytanie, czy analiza postanowień umowy agencyjnej nie powinna być również, poza analizą stopnia związania agenta z dającym zlecenie, przeprowadzana na etapie oceny ograniczenia konkurencji oraz zachowania wywołującego negatywny skutek na konkurencję. Jak wskazuje I. Lianos w kontekście porozumień wertykalnych, takim wyznacznikiem mogłoby być wystąpienie skutku negatywnego dla konkurencji w związku z istnieniem określonego zachowania przedsiębiorców. Jednak, decyzja Komisji w sprawie *Repsol*[53] wskazuje, że forma porozumienia (i ewentualna jego klasyfikacja jako umowy agencyjnej) staje się drugoplanowa. Brany pod uwagę jest przede wszystkim skutek, jaki dane porozumienie, w powiązaniu z całym systemem dystrybucji, wywołuje lub może potencjalnie wywołać na konkurencję, w tym zamykając dostępu do rynku przez wykluczenie pozostałych dostawców, w tym, na osłabienie konkurencji wewnątrzmarkowej. Sprawa dotyczyła dystrybucji paliw przez przedsiębiorstwo Repsol Comercial de Productos Petroliferos SA do hiszpańskich stacji benzynowych. Decyzja została wydana w momencie obowiązywania poprzednich Wytycznych Komisji z 2000 r., jednakże omawiane rozstrzygnięcie prezentuje inny sposób myślenia niż ten, zaprezentowany w Wytycznych czy z 2000 czy z 2012 r.

System dystrybucji składał się z szeregu długoterminowych, wyłącznych umów dystrybucyjnych. Z decyzji wynika, że kontrahentami Repsol były rodzinne przedsiębiorstwa, które z reguły obsługiwały jedną stację benzynową. W decyzji wyróżniono osiem typów umów w zależności od – z jednej strony – reżimu własności danej stacji, z drugiej zaś – od typu relacji handlowej między Repsol a podmiotem eksploatującym daną stację. W swojej decyzji Komisja podsumowała, że wszystkie notyfikowane umowy mogą skutkować zamknięciem rynku. Jednakże, zdaniem Komisji, charakterystyka umów jest bez znaczenia, jeżeli wszystkie analizowane umowy są uznane za umowy agencyjne, ponieważ zobowiązania zaproponowane przez spółkę zapewniają, że wszystkie stacje mogą przyznawać obniżki od ceny rekomendowanej przez Repsol[54].

W tym aspekcie na docenienie zasługuje również wyrok, w którym Sąd Apelacyjny w Warszawie w sprawie dotyczącej systemu dystrybucyjnego erytropoetyny (EPO)[55] uznał, że umowa między Roche i jego dystrybutorem – spółką Hand-Prod nie narusza konkurencji i odrzucił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) uznającą wyznaczenie ceny stosowanej w procesie zamówień publicznych jako zakazanej ceny sztywnej. System dystrybucyjny Roche polegał na ograniczeniu spółce Hand-Prod prawa do określania w przetargach centralnych ceny sprzedaży

[53] Decyzja 2006/446/CE Komisji z 12.04.2006 r. dotycząca procedury zastosowania artykułu 81 Traktatu WE do systemu dystrybucji paliw przez spółkę Repsol Comercial de Productos Petroliferos SA do hiszpańskich stacji benzynowych (brak danych identyfikacyjnych?). Sprawa COMP/B-1/38.348 — Repsol CPP) (notyfikowana jako C(2006) 1548), **Dz. U. L 176, 30.6.2006, s. 104–104.**

[54] S. Chauve, *REPSOL: Opening up the fuel distribution system in Spain,* EC Competition Policy Newsletter 2006, nr 2, s. 25.

[55] Decyzja Prezesa UOKiK nr RWA-18/2004 z 29.06.2004 r.; wyrok SOKiK z 29.03.2006 r.; wyrok SA z 13.02.2007 r., VI ACa 819/06 (Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych 2007, nr 6, poz. 1, s. 82).

leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę i oferowaniu ich w tych przetargach po cenach uzgodnionych.

Podstawą uchylenia decyzji Prezesa UOKiK był fakt, że umowa łącząca strony, w odniesieniu do obrotu erytropoetyną w ramach przetargów centralnych, nie miała charakteru umowy dystrybucyjnej, lecz była umową nienazwaną, w zakresie rozliczeń i przyznania decyzji cenowych wyłącznie dla Roche, jedynie zbliżoną do umowy agencyjnej. Sąd Apelacyjny orzekł, że cena odsprzedaży w rzeczywistości stanowiła cenę maksymalną a Hand-Prod otrzymał zamówienie na podstawie wartości sprzedanych produktów. Ponadto Sąd Apelacyjny stwierdził - odwołując się do Wytycznych Komisji z 2000 r. że firma Hand-Prod nie przyjmowała żadnego ryzyka z wyjątkiem niewypłacalności organizatorów procedur zamówień publicznych. Ryzyko to, według Sądu Apelacyjnego, nie było wystarczające dla uznania umowy za porozumienie ograniczające konkurencję. Miałby o tym również świadczyć prowizyjny system rozliczeń między spółkami. Prowizja zaś jest elementem istotnym umowy agencyjnej[56].

Rozstrzygnięcie to zasługuje na duże uznanie, ponieważ nie tylko bierze pod uwagę realia ekonomiczne całego porozumienia, w tym ryzyka przyjmowane przez dystrybutora, ale także charakter zarzucanego ograniczenia konkurencji, które nim w rzeczywistości nie było. Wskazana w decyzji cena odsprzedaży okazała się w ocenie Sądu Apelacyjnego ceną maksymalną, a więc nie doszło do ograniczenia konkurencji poprzez zawarcie porozumienia między producentem a jego dystrybutorem – agentem.

V. Podsumowanie

Przeprowadzone rozważania potwierdzają kompleksowość stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych. Wykazały, że ocena umów agencyjnych nie powinna być ograniczona do weryfikacji ryzyk czy umiejscowienia agenta w sieci dającego zlecenie, ale aby również uwzględniała efekt ekonomiczny porozumienia oraz innych porozumień z nim powiązanych. Metodologia takiej oceny musi być każdorazowo dostosowana do rynku właściwego, na którym działa agent na rachunek dającego zlecenie. Możliwe będzie wtedy również złapanie tytułowego króliczka, a więc uchwycenie, czy rzeczywiście doszło do naruszenia konkurencji. *Last* ale nigdy *not least* rozważania te utwierdzają zasadność pytania, odpowiedź na które przekraczałaby jednak ramy niniejszego artykułu, czy interwencja regulatora w porozumienia dystrybucyjne, których wpływ na rynek jest nieznaczny, w tym umowy agencyjne, jest w ogóle zasadna.

[56] Por. M. Kozak [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji w praktyce*, LexisNexis, s. 114.