

Bartosz Targański\*

## Zakaz posługiwania się znakami towarowymi w reklamie internetowej i zakaz współpracy z porównywarkami cenowymi jako ograniczenie konkurencji w kontekście orzeczenia Bundesgerichtshof z 12 grudnia 2017 roku<sup>1</sup>

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Decyzja Bundeskartellamt
  1. Internet zaostża konkurencję
  2. Zakaz posługiwania się znakami towarowymi w reklamie internetowej
  3. Zakaz współpracy z porównywarkami cenowymi
  4. Porozumienie zakazane ze względu na cel
- III. Orzeczenie Bundesgerichtshof
- IV. Komentarz
  1. Ekwiwalentność ograniczeń sprzedaży internetowej i stacjonarnej
  2. Aura luksusu, czyli co konkretnie?

### Streszczenie

Sprawa wpisuje się w szereg spraw z ostatnich lat, w których organy konkurencji UE rozpatrywały dopuszczalny zakres ograniczania sprzedaży detalicznych w Internecie przez producentów. Zgodnie z decyzją Bundeskartellamt z 26 sierpnia 2015 r. i orzeczeniami sądów niemieckich bezwzględny zakaz posługiwania się znakami towarowymi w reklamie internetowej i zakaz współpracy z porównywarkami cenowymi nałożony na dystrybutorów przez producenta stanowi naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE ze względu na cel i nie korzysta z wyłączenia blokowego i indywidualnego. Rozstrzygnięcie opiera się na stwierdzeniu naruszenia zasady ekwiwalentności ograniczeń w sprzedaży internetowej i tradycyjnej. Zdaniem autora, taki sposób oceny nie zawsze jest słuszny. Ze względu na odmienność obydwu kanałów dystrybucji, wskazanie ekwiwalentnych ograniczeń może być obiektywnie niemożliwe. Rozstrzygnięcie nie wyjaśnia również dostatecznie precyzyjnie, jakie obiektywne czynniki decydują o uznaniu danego towaru za luksusowy. Oznacza to w dalszym ciągu brak pewności co do dopuszczalnego zakresu ograniczeń w sprzedaży internetowej.

\* Radca prawny; doktor nauk ekonomicznych; adiunkt w Kolegium Gospodarki Światowej, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie; email: btarga@sgh.waw.pl.

<sup>1</sup> Wyr. niemieckiego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof) z 12.12.2017 r. w sprawie KVZ 41/17.

**Słowa kluczowe:** porównywarki cenowe; znak towarowy; sprzedaż internetowa; ograniczenia wertykalne konkurencji.

**JEL:** K21

## I. Wstęp

Omawiana sprawa dotyczy systemu dystrybucji selektywnej obuwia sportowego marki ASICS na terenie Niemiec. W ramach „Systemu sprzedaży 1.0” producent obuwia, spółka Asics Deutschland GmbH, zakazywał swym autoryzowanym dystrybutorom detalicznym umieszczania prezentacji produktów ASICS w porównywarkach cenowych. Po drugie, dystrybutorzy nie mogli umieszczać w Internecie reklam ze znakiem towarowym ASICS. Na skutek skarg dystrybutorów, niemiecki organ ochrony konkurencji (Bundeskartellamt) wszczął postępowanie w celu weryfikacji zgodności „Systemu sprzedaży 1.0” z unijnym i niemieckim prawem konkurencji.

Sprawa wpisuje się w szereg spraw z ostatnich lat, w których organy konkurencji UE rozpatrywały dopuszczalny zakres oddziaływania producenta na działalność dystrybutorów detalicznych w Internecie. Wcześniejsze sprawy nie dotyczyły jednak możliwości korzystania przez dystrybutora z podstawowego narzędzia marketingu internetowego, jakim są obecnie internetowe porównywarki cenowe.

## II. Decyzja Bundeskartellamt

W decyzji z 26 sierpnia 2015 r. niemiecki organ ochrony konkurencji (Bundeskartellamt) uznał, że „System sprzedaży 1.0” narusza art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>2</sup> (dalej: TFUE) i § 1 niemieckiej ustawy antymonopolowej<sup>3</sup>. Uznał również, że „System sprzedaży 1.0” nie kwalifikuje się do wyłączenia blokowego spod zakazu, gdyż zawiera najpoważniejsze naruszenie w rozumieniu art. 4 lit. c) rozporządzenia nr 330/2010<sup>4</sup>. Według Bundeskartellamtu ASICS nie wykazał również spełnienia warunków indywidualnego wyłączenia na mocy art. 101 ust. 3 TFUE.

### 1. Internet zaostrza konkurencję

Bundeskartellamt uzasadnił, że Internet prowadzi do zaostrzenia konkurencji, gdyż obniża koszty transakcyjne, w szczególności koszty poszukiwania informacji o produktach, a także rozszerza geograficzny zasięg sprzedaży. Klienci końcowi mogą dotrzeć do większej liczby ofert w krótszym czasie niż w handlu tradycyjnym, a także zapoznać się z ocenami wystawianymi przez innych nabywców. Bundeskartellamt uznał, że bezwzględny zakaz używania znaków towarowych w reklamie internetowej utrudnia odnalezienie sklepu internetowego. Z kolei porównywarki cenowe są ważnym źródłem informacji cenowej dla klienta. Obydwa zakazy ograniczają więc dostępność towarów oferowanych przez dystrybutorów w Internecie i w efekcie obniżają intensywność konkurencji cenowej.

<sup>2</sup> Dz.Urz. UE 26.12.2012, C 326, s. 47.

<sup>3</sup> Fallbericht Rechtswidrige Beschränkungen des Online-Vertriebs bei Laufschuhen von ASICS, Aktenzeichen B2-98/11, 25.01.2016 r. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (8.07.2018).

<sup>4</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE z 23.04.2010 L 102/1) (dalej: rozporządzenie wertykalne).

## 2. Zakaz posługiwania się znakami towarowymi w reklamie internetowej

Zakaz posługiwania się znakami towarowymi dotyczył użycia przez dystrybutorów znaków towarowych ASICS jako słów kluczowych w reklamach w wyszukiwarkach internetowych, banerach reklamowych i tzw. linkach przychodzących<sup>5</sup>. Zakaz posługiwania się tymi narzędziami obowiązywał niezależnie od spełnienia konkretnych wymagań dotyczących sposobu działania reklamy i strony internetowej odsyłającej do strony dystrybutora. W efekcie zakaz ograniczał możliwość odnalezienia strony dystrybutora przez wszystkich internautów, w tym przez internautów znajdujących się poza obszarem fizycznej działalności dystrybutorów.

Według niemieckiego organu ochrony konkurencji warunki wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE byłyby spełnione w odniesieniu do systemów dystrybucji selektywnej, jeśli: (i) istniałoby ekwiwalentne ograniczenie w sprzedaży tradycyjnej; (ii) organicznie byłoby uzasadnione ochroną jakości lub (iii) ochroną prawa do znaku towarowego<sup>6</sup>.

Bundeskartellamt uznał, że ze względu na technologiczną specyfikę ograniczeń odnoszących się do reklamy internetowej i ze względu na zasięg jej oddziaływania, brakuje ograniczeń ekwiwalentnych przy sprzedaży tradycyjnej<sup>7</sup>. Wymóg ochrony jakości jest spełniony, gdy ograniczenie nakładane na dystrybutora uzasadnione jest obiektywnymi względami, tj. zagwarantowaniem odbiorcom ostatecznym wysokiej jakości i efektywności sprzedaży. Chodzi tu np. o zapewnienie odpowiedniego sposobu prezentacji towaru, oferowania szerokiego asortymentu, zasięgu dystrybucji czy doradzania klientom. Ograniczenia wprowadzone ze względu na ochronę jakości muszą być przy tym proporcjonalne, czyli nie mogą wykraczać poza to, co konieczne do realizacji celu. W takich przypadkach ilościowe ograniczenie sprzedaży internetowej byłoby rekompensowane przez wzrost konkurencji jakościowej. Według niemieckiego organu ochrony konkurencji „System sprzedaży 1.0” nie spełniał tego wymogu, gdyż zakaz posługiwania się marką ASICS miał bezwzględny charakter i nie uwzględniał uzasadnionych interesów dystrybutorów.

Bezwzględny zakaz posługiwania się znakiem towarowym nie może być również uzasadniony ochroną prawa do znaku towarowego. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Google France* użycie cudzego znaku towarowego jako słowa kluczowego w usłudze Google Adwords, nie narusza automatycznie prawa do znaku towarowego<sup>8</sup>. Ocena w tym zakresie zależy od wykazania, że w wyniku posłużenia się cudzą marką osłabieniu ulega funkcja wskazania pochodzenia, funkcja komunikacyjna, inwestycyjna lub reklamowa znaku towarowego<sup>9</sup>. Bundeskartellamt uznał w tym miejscu, że ASICS mógł określić w umowie z dystrybutorami sposób prezentacji reklam internetowych, który wykluczałby ryzyko wprowadzenia w błąd co do znaku towarowego. Wobec braku takich uzgodnień niemiecki organ konkurencji uznał bezwzględny zakaz posługiwania się znakami towarowymi w reklamach internetowych za niekonieczny i nieproporcjonalny.

<sup>5</sup> Linki przychodzące (*backlinks*) – linki prowadzące do strony docelowej, umieszczone na innych stronach.

<sup>6</sup> Fallbericht Rechtswidrige Beschränkungen des..., s. 6.

<sup>7</sup> *Allerdings war eine solche Äquivalenzprüfung bei dem Verbot der Verwendung von Markenzeichen im Vertriebssystem 1.0 von vorneherein nicht möglich: Denn die Verwendung von Markenzeichen als Schlüsselwörter für bezahlte Suchmaschinenwerbung, für die Schaltung von Werbeanzeigen auf Internetseiten Dritter sowie im Rahmen von Backlinks zur Suchmaschinenoptimierung sind internetspezifische Nutzungsformen, für die es kein vergleichbares Äquivalent im stationären Vertrieb gibt.* Fallbericht Rechtswidrige Beschränkungen des..., s. 7.

<sup>8</sup> Wyr. TS z 23.3.2010 r. w połączonych sprawach C-236/08, C-237/08, C-238/08 *Google France*, EU:C:2008:389, pkt 79; wyr. TS z 22.9.2011 r. w sprawie C-323/09 *Interflora*, EU:C:2011:604, pkt 42, 60.

<sup>9</sup> Wyr. TS z 18.6.2009 r. w sprawie C-487/07 *L'Oréal i in.*, EU:C:2009:378, pkt 58.

### 3. Zakaz współpracy z porównywarkami cenowymi

Porównywarki cenowe to strony internetowe przedstawiające cenę danego towaru u kilku sprzedawców. Oferty poszczególnych sprzedawców zawierają hiperłącze odsyłające do strony danego sklepu. Porównywarki mogą różnić się sposobem prezentacji towarów i zakresem informacji. Sprzedawcy, których produkty są uwzględniane w porównywarkach wnoszą opłatę na rzecz właściciela porównywarki. Według Bundeskartellamt korzyści dla użytkowników porównywarek są oczywiste, gdyż filtrują one zawartość dużej liczby stron internetowych i systematyzują wyniki według kryterium cenowego. Pozwalają znaleźć sprzedawcę o najniższej cenie, skracając czas poszukiwań do minimum.

Zakaz wprowadzony w „Systemie sprzedaży 1.0” oznaczał, że strona internetowa danego dystrybutora produktów ASICS nie mogła pojawiać się w zestawieniach porównywarek dla konkretnych produktów marki ASICS. Bundeskartellamt uznał, że ograniczenie narusza art. 101 ust. 1 TFUE oraz § 1 GWB, stanowiąc najpoważniejsze ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 4 lit. c) rozporządzenia 330/2010. Odnosząc się do kwestii wyłączenia indywidualnego, Bundeskartellamt uznał, że nie spełniony jest wymóg ekwiwalentności ograniczeń, gdyż w sprzedaży tradycyjnej brak jest ograniczeń ekwiwalentnych dla zakazu współpracy z porównywarkami cenowymi<sup>10</sup>. Nie dostrzegł również uzasadnienia dla rozpatrywanego zakazu w ochronie jakości produktów ani też w ochronie wizerunku marki producenta. Innymi słowy niemiecki organ ochrony konkurencji ocenił, że samo odnalezienie reklamy produktu ASICS w porównywarce nie jest szkodliwe dla marki producenta. W tym miejscu Bundeskartellamt odwołał się do orzeczenia w sprawie *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, w którym Trybunał Sprawiedliwości uznał, że ochrona prestiżowego wizerunku nie może stanowić celu uzasadniającego ograniczenie konkurencji i nie może tym samym stanowić uzasadnienia, że klauzula umowna służąca realizacji takiego celu nie podlega art. 101 ust. 1 TFUE<sup>11</sup>.

Bundeskartellamt rozważał również czy zakaz współpracy z porównywarkami cenowymi można uzasadnić próbą rozwiązania tzw. problemu gapowicza. Zgodnie z tradycyjnym poglądem problem gapowicza polega na tym, że sprzedawcy internetowi korzystają z inwestycji w obsługę klientów przez sprzedawców w sklepach stacjonarnych, mimo że sami nie ponoszą kosztów z tym związanych. Co ciekawe, niemiecki organ uznał jednak, że występowanie problemu gapowicza na obecnym etapie „usieciowienia” handlu jest wątpliwe, gdyż sprzedaż w coraz większym stopniu prowadzona jest równolegle w kanale internetowym i stacjonarnym. Niemiecki organ zauważył, że co prawda przy niektórych produktach trudno jest udzielić porad specjalistycznych klientowi w kanale internetowym, jednak problemu tego nie można rozwiązać poprzez bezwzględny zakaz współpracy z porównywarkami internetowymi<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen im Vertriebssystem 1.0 war nicht nach Maßgabe des Äquivalenzprinzips vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt. Auch in Bezug auf diese Klausel konnte eine Prüfung, ob für den Vertrieb über Ladengeschäfte und den Vertrieb über das Internet insgesamt gleichwertige Kriterien vorgesehen sind, nicht vorgenommen werden, da es ein Äquivalent für Preisvergleichsmaschinen im stationären Vertrieb nicht gibt. Fallbericht Rechtswidrige Beschränkungen des..., s. 9.

<sup>11</sup> Wyr. TS z 13.10.2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, EU:C:2011:649, pkt 46.

<sup>12</sup> Możliwym rozwiązaniem byłoby np. zobowiązanie sprzedawcy internetowego do posiadania salonu pokazowego (*showroom*) i infolinii.

#### 4. Porozumienie zakazane ze względu na cel

Zdaniem Bundeskartellamt ograniczenie sprzedaży internetowej do odbiorców końcowych było celem zakazu współpracy z porównywarkami cenowymi. W wyniku zakazu została ograniczona przejrzystość cenowa, a co za tym idzie, także presja konkurencyjna zarówno w Internecie, jak i w handlu stacjonarnym. Dotyczy to sprzedawców stacjonarnych obuwia ASICS (ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej), ale również sprzedawców innych marek sportowych, np. Nike, Adidas. Ograniczenie konkurencji ma tym większy skutek, że rynek obuwia sportowego w Niemczech jest wysoce skoncentrowany, a Nike, Addidas i ASICS mają na nim łącznie 75% udziału<sup>13</sup>. W efekcie Bundeskartellamt uznał, że postanowienia „Systemu sprzedaży 1.0” stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 lit. c) rozporządzenia 330/2010.

Do odwołania od decyzji ASICS załączyła zdjęcia porównywarek cenowych, na których oferty nowych butów do biegania pojawiały się tuż obok obuwia określonego jako używane, oferowanego przez szereg osób indywidualnych. W opinii ASICS tworzyło to wrażenie sprzedaży na pchlim rynku (*Flohmarkteindruck*) i szkodziło renomie produktów<sup>14</sup>. Sąd rozpatrujący odwołanie od decyzji Bundeskartellamt nie uznał jednak tego argumentu, twierdząc, że internauci są świadomi, że towary oferowane w Internecie mogą się znacznie różnić pod względem jakości, gdyż pochodzą od wielu sprzedawców, a oferta widoczna w wyszukiwarkach jest jedynie uproszczona (pełen opis towarów znajduje się na własnych stronach poszczególnych sprzedawców)<sup>15</sup>.

Sąd zwrócił również uwagę, że Asics prowadzi swój własny sklep internetowy, co podważa zarzut Asics jakoby sprzedaż internetowa nie pozwalała zapewnić wysokiej jakości obsługi klientom<sup>16</sup>.

### III. Orzeczenie Bundesgerichtshof

Rozpatrując skargę ASICS, niemiecki Sąd Najwyższy nie miał wątpliwości, że ograniczenia przewidziane w „Systemie sprzedaży 1.0” stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o których mowa w art. 4 lit. c) rozporządzenia 330/2010. Zgodnie z tym przepisem wyłączenie blokowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży do użytkowników ostatecznych. Sąd Najwyższy zgodził się z oceną organu konkurencji, że bezwzględny zakaz korzystania przez dystrybutora detalicznego z porównywarek cenowych niezależnie od konfiguracji tych porównywarok stanowi ograniczenie co najmniej sprzedaży pasywnej. Sąd Najwyższy przywołał w tym miejscu orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Coty Germany*, w której uznano, że dostawca towarów luksusowych może zakazać dystrybutorom korzystania z zewnętrznych platform handlowych, jeśli miałyby to naruszać luksusowy charakter tych towarów<sup>17</sup>. Niemiecki Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na różnice między systemami sprzedaży w obydwu sprawach. Po pierwsze, zauważył, że towary Asics nie mają charakteru luksusowego<sup>18</sup>, a po drugie zakaz

<sup>13</sup> Fallbericht Rechtswidrige Beschränkungen des..., s. 10.

<sup>14</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-Kart 13/15 (V), pkt 74.

<sup>15</sup> Ibidem, pkt 75.

<sup>16</sup> Ibidem, pkt 76.

<sup>17</sup> Wyr. TS z 6.12.2017 r. w sprawie C-230/16 *Coty Germany*, EU:C:2017:941.

<sup>18</sup> Wyr. niemieckiego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof) z 12.12.2017 r., KVV 41/17, pkt 25–29.

nałożony na dystrybutorów Coty miał węższy zakres. Mieli oni bowiem możliwość reklamowania się w Internecie na stronach innych podmiotów i w wyszukiwarkach internetowych. W efekcie, mimo zakazu sprzedaży na platformach, klienci mogli wciąż odnaleźć ich ofertę w Internecie<sup>19</sup>.

Niemiecki Sąd Najwyższy przywołał również Raport Komisji Europejskiej z badania sektora handlu elektronicznego. Komisja stwierdziła w nim m.in., że zakaz współpracy z wyszukiwarkami internetowymi utrudnia potencjalnym klientom odnalezienie strony dystrybutora, co oznacza ograniczenie ruchu na stronie dystrybutora. Taki zakaz ogranicza także szansę dystrybutora na przyciągnięcie klienta spoza najbliższego obszaru działalności dystrybutora<sup>20</sup>. Komisja również uznała, że ograniczenie możliwości korzystania z porównywarek cenowych, niepowiązane z wymogami jakościowymi, może stanowić najpoważniejsze ograniczenie sprzedaży biernej zgodnie z art. 4 lit. b) i art. 4 lit c) rozporządzenia 330/2010<sup>21</sup>.

#### IV. Komentarz

Liczne sprawy z ostatnich lat dotyczące ograniczeń sprzedaży internetowej świadczą o braku pewności prawnej co do zakresu oddziaływania producentów na sprzedaż ich towarów w Internecie przez zewnętrznych dystrybutorów. Tak jest również w przypadku ograniczeń nałożonych przez firmę ASICS. Wobec bezmiaru informacji handlowych z perspektywy konsumenta, trudno sobie obecnie wyobrazić korzystanie z Internetu bez porównywarek cenowych. Nie tylko skracają one czas dotarcia do interesującej oferty, lecz także pozwalają na wymierne oszczędności finansowe. Ze względu na korzyści uzyskiwane przez konsumentów, jak również wobec technicznej specyfiki porównywarek cenowych jako ważnego narzędzia marketingu internetowego, cenne byłyby szczegółowe wskazówki organów konkurencji dla producentów i dystrybutorów, co do dozwolonego zakresu ograniczeń. Z tej perspektywy decyzja Bundeskartellamt oraz orzeczenia sądów niemieckich pozostawiają pewien niedosyt, co zostało wyjaśnione niżej.

Po pierwsze, stanowisko niemieckich organów ochrony konkurencji jest zgodne z Wytycznymi Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>22</sup> (dalej: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych). Za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji Komisja uznaje wszelkie zobowiązania uniemożliwiające autoryzowanym dystrybutorom wykorzystywanie Internetu w celu dotarcia do większej liczby klientów i innych grup klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym<sup>23</sup>. Kryteria dotyczące sprzedaży przez Internet **nie muszą być identyczne jak kryteria dla sprzedaży poza Internetem, lecz powinny dotyczyć tych samych celów i zapewniać porównywalne wyniki, a różnica między tymi kryteriami musi być uzasadniona różnym charakterem tych dwóch metod dystrybucji**. Przykładowo, aby zapobiec sprzedaży do nieautoryzowanego dystrybutora, dostawca może ograniczyć autoryzowanym dystrybutorom możliwość sprzedaży indywidualnym użytkownikom końcowym więcej niż określonej ilości towarów. Taki wymóg może być surowszy w przypadku sprzedaży przez Internet, jeżeli nieautoryzowany dystrybutor może łatwiej nabyć te towary przez Internet. Podobnie dostawca

<sup>19</sup> Wyr. TS z 6.12.2017 r. w sprawie C-230/16 *Coty Germany*, EU:C:2017:941, pkt 67.

<sup>20</sup> Commission Staff Working Document, Final report on the e-commerce sector inquiry, Com(2017) 229 Final, pkt 550.

<sup>21</sup> Ibidem, pkt 552.

<sup>22</sup> Dz. Urz. UE z 19.5.2010, C 130.

<sup>23</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 56.

może określić dystrybutorom szczególne wymogi co do bezpiecznych systemów płatności przy sprzedaży przez Internet albo posprzedażowego wsparcia klientów, np. pokrycie kosztów zwrotu towarów<sup>24</sup>.

## 1. Ekwiwalentność ograniczeń sprzedaży internetowej i stacjonarnej

Bundeskartellamt, a w ślad za nim sądy niemieckie uznały, że o antykonkurencyjnym celu ograniczenia współpracy z porównywarekami cenowymi świadczy m.in. brak ekwiwalentnych ograniczeń nałożonych na sprzedaż stacjonarną. Pojawia się jednak wątpliwość czy pochodzący z Wytycznych wertykalnych test ekwiwalentności ograniczeń w sprzedaży internetowej i stacjonarnej jest w tej sprawie prawidłowym kryterium oceny dopuszczalności ograniczeń sprzedaży internetowej.

Należy zauważyć, że dystrybutorzy internetowi poprzez narzędzia marketingu bezpośredniego mają możliwość silnego oddziaływania na klientów i na efektywność całego systemu dystrybucji. Inaczej jest w przypadku dystrybutorów stacjonarnych, którzy oddziałują jedynie na ograniczoną liczbę klientów zlokalizowanych najbliżej swego lokalu. W związku z odmiennością obydwu kanałów dystrybucji (potencjalnie nieograniczony zasięg sprzedaży internetowej i ograniczony zasięg sprzedaży stacjonarnej) producent powinien mieć możliwość nakładania ograniczeń na dystrybutorów adekwatnych do specyfiki zagrożeń w danym kanale dystrybucji. Obejmuje to również sytuację, w której **producent nakłada ograniczenia jedynie na sprzedaż internetową (gdyż upatruje zagrożenia dla swojej polityki handlowej w tym kanale dystrybucji) i nie nakłada ograniczeń na sprzedaż tradycyjną (gdyż w tym kanale nie występują ekwiwalentne zagrożenia)**. W mojej ocenie ze względu na odmienną specyfikę możliwości i zagrożeń związanych z dystrybucją internetową, producent powinien mieć możliwość podejmowania działań jedynie w odniesieniu do Internetu. Niewątpliwie zagrożenia dla polityki marketingowej producenta wynikające z korzystania z porównywarek cenowych przez dystrybutorów są specyficzne dla Internetu i nie mają odpowiednika w sprzedaży tradycyjnej. W związku z tym producent nie musi podejmować żadnych działań odnoszących się do sprzedaży tradycyjnej. W tej perspektywie ograniczenia ukierunkowane wyłącznie na sprzedaż internetową (przy braku ekwiwalentnych ograniczeń w sprzedaży tradycyjnej) nie powinny być automatycznie uznawane za ograniczenie konkurencji dyskryminujące sprzedaż internetową. Według mnie, o dopuszczalności ograniczeń sprzedaży internetowej powinna decydować przede wszystkim ich zasadność i proporcjonalność z perspektywy zagrożeń jakie Internet może stwarzać dla wysokiego poziomu obsługi i renomy towarów.

## 2. Aura luksusu, czyli co konkretnie?

Należy również zwrócić uwagę, że rozstrzygnięcie w sprawie ASICS opiera się na uznaniu, że buty do biegania nie stanowią artykułów luksusowych. Bundesgerichtshof przywołał w tym miejscu kryterium luksusowości z orzeczenia TSUE w sprawie *Coty Germany*:

„Co się tyczy w szczególności kwestii, czy dystrybucja selektywna może być konieczna w odniesieniu do artykułów luksusowych, należy przypomnieć, że Trybunał stwierdził już, iż o jakości takich towarów świadczą nie tylko ich cechy materialne, ale również prezencja i wizerunek prestiżu, nadające tym towarom aurę luksusu, że owa aura jest jednym z zasadniczych elementów pozwalających konsumentom na odróżnienie ich od innych podobnych towarów [podkreślenie

<sup>24</sup> Ibidem.

autora] i że wobec tego działanie pomniejszające tę aurę luksusu może wpłynąć na samą jakość tych towarów”<sup>25</sup>.

Kryterium „aury luksusu” nie jest precyzyjne. Nie daje ono pewności prawnej co do zakresu dopuszczalnych ograniczeń sprzedaży internetowej tym producentom, których towary wprawdzie nie kojarzą się w powszechnej świadomości z luksusem (np. obuwie sportowe), jednak nabywcy rozróżniają ich różne segmenty, w tym segment premium. Taki status może być uzyskany np. poprzez długofalowe inwestycje w wysoką jakość i odpowiednią politykę marketingową. W świetle orzeczenia pozostaje niejasne, co jest obiektywną miarą „aury luksusu” i czy wprowadzenie ograniczeń sprzedaży internetowej byłoby uzasadnione w odniesieniu do segmentu premium. Takim obiektywnym miernikiem mogłyby być wyniki badań empirycznych odzwierciedlające postrzeganie towarów przez grupę docelową klientów.

<sup>25</sup> Wyr. TS z 6.12.2017 r. w sprawie C-230/16 *Coty Germany*, EU:C:2017:941, pkt 25.