

Sprawozdanie z seminarium INP PAN pn. „W kierunku nowych unijnych wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję”, Warszawa, 8 listopada 2021 r.

W dniu 8 listopada 2021 r. odbyło się zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk otwarte seminarium online pn. „W kierunku nowych unijnych wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję”. Referaty podczas tego spotkania naukowego wygłosili: dr Jarosław Łukawski (absolwent studiów doktoranckich w INP PAN, kancelaria DZP), dr Bartosz Targański (Szkoła Główna Handlowa), dr hab. Grzegorz Materna (prof. INP PAN).

Dr Jarosław Łukawski przedstawił referat pt. „Reforma reguł oceny porozumień wertykalnych – rewolucja czy ewolucja?” dotyczący najważniejszych zmian w rozporządzeniu i wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (wyłączeń grupowych) zaproponowanych przez KE w celu dostosowania obowiązujących przepisów do rozwoju sektora online i aktualnego orzecznictwa TSUE¹. Prelegent wyjaśnił, że zmiany w wyłączeniu grupowym dotyczące podwójnej dystrybucji zakładają szerszy zakres podmiotowy przy jednocześnie wyższych wymogach dla tego wyłączenia. Projekt rozporządzenia przewiduje wyłączenie dla podwójnej dystrybucji organizowanej przez producentów, importerów lub hurtowników. Proponowany przez KE próg udziału, uprawniający do pełnego wyłączenia spod art. 101 TFUE, wynosi 10% łącznego udziału w rynku na poziomie detalicznym (obecnie próg ten wynosi 30%). Następnie dr Łukawski odniósł się do zmian w zakresie dystrybucji wyłącznej. Obecnie ograniczenie aktywnej sprzedaży może dotyczyć jedynie terytorium lub grupy klientów przypisanej jednemu dystrybutorowi, a zakaz aktywnej sprzedaży nie mógł ograniczać praw kontrahentów dystrybutora. Projekt rozporządzenia wprowadza możliwość ustanowienia kilku dystrybutorów wyłącznych na tym samym terytorium lub wobec tej samej grupy klientów. Liczba dystrybutorów musi być jednak proporcjonalna do przydzielonego terytorium lub grupy klientów w taki sposób, aby zapewnić określoną wielkość obrotów, która pozwoli im zabezpieczyć swoje działania inwestycyjne. Prelegent wskazał, że proponowane przepisy zwiększają ochronę dystrybutorów działających w systemie selektywnej dystrybucji. W świetle przedstawionego przez KE projektu dostawca będzie uprawniony zarówno do ograniczenia aktywnej i pasywnej sprzedaży dystrybutorów wyłącznych do nieautoryzowanych dystrybutorów na obszarze selektywnej dystrybucji, jak i do skuteczniejszego łączenia na różnych obszarach (grupach klientów) dystrybucji selektywnej i wyłącznej. Prelegent wyjaśnił, że zgodnie z nową regulacją, nie kwalifikuje się już stosowania podwójnych cen jako najpoważniejszego ograniczenia konkurencji („klausulę czarną”). Ponadto, w świetle proponowanych zmian

¹ Zmiany omawiane podczas seminarium jako projektowane już obowiązują w postaci rozporządzenia Komisji (UE) nr 2022/720 z 10.05.2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 134, z 11.05.2022 r., s. 4–13) oraz komunikatu Komisji – Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (C(2022) 3006 final).

reguł oceny porozumień wertykalnych, przedłużenie czasu obowiązywania zakazu konkurencji poza 5-letni okres nie będzie utożsamiane z zakazem konkurencji obowiązującym przez czas nieokreślony.

Kolejne wystąpienie pt. „Wizja zasad dystrybucji internetowej zaproponowana przez Komisję Europejską w lipcu 2021 r.” wygłosił dr Bartosz Targański. Na wstępie prelegent przypomniał, że z wyłączenia grupowego mogą skorzystać porozumienia ograniczające konkurencję, jeśli spełniają kryteria ilościowe (tj. udziały rynkowe poniżej 30%) i kryteria jakościowe, tj. nie zawierają najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Jak wskazał, celem Wytycznych wertykalnych jest zwiększenie pewności oceny czy dane ograniczenie może skorzystać z wyłączenia blokowego, czyli nie stanowi najpoważniejszego ograniczenia konkurencji. Następnie dr Targański omówił przykłady ograniczeń konkurencji w handlu elektronicznym z ostatnich lat w świetle praktyki decyzyjnej KE oraz orzecznictwa TSUE, w tym zakazywanie: (i) sprzedaży w Internecie; (ii) posługiwania się w wyszukiwarkach internetowych znakami towarowymi dostawcy oraz (iii) sprzedaży na platformach internetowych. Prelegent podkreślił, że według projektu nowych Wytycznych wertykalnych, platformy internetowe, które nie oferują możliwości dokonywania bezpośrednich zakupów, ale przekierowują klientów na inne strony internetowe, za pośrednictwem których mogą oni zakupić towary i usługi, nie są uznawane za internetowe platformy handlowe do celów przedmiotowych Wytycznych, lecz za platformy reklamowe. Dr Bartosz Targański wskazał, że zgodnie z nowymi przepisami ograniczenie korzystania z porównywarek cen oraz zakaz reklamowania w wyszukiwarkach internetowych stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Według projektu nowych wyłączeń grupowych dozwolone jest ograniczenie nabywcy przez dystrybutora korzystania z platform internetowych pod warunkiem, że nabywca może sprzedawać towary na własnej stronie internetowej i korzysta z kanałów reklamy internetowej. Następnie dr Targański omówił proponowane standardy jakościowe dotyczące sprzedaży przez Internet, podkreślając brak wymogu ekwiwalentności sprzedaży internetowej ze standardami przyjmowanymi dla kanału tradycyjnego (offline). Na zakończenie prelegent wskazał, że w Internecie ostatecznie liczy się zasięg dotarcia i uwaga internauty niezależnie od kanału sprzedaży. W związku z tym dr Bartosz Targański wyraził wątpliwość czy podział na kanały sprzedaży i kanały reklamy jest kryterium zapewniającym pewność prawną. Ponadto, w opinii prelegenta, o skuteczności reklamy w Internecie w rosnącym stopniu decydują strażnicy dostępu (tzw. *gate keepers*, np. Google, Facebook), a nie producenci czy dystrybutorzy. Kluczowe jest zatem zapewnienie dostępu do tzw. Big Data.

W ostatnim wystąpieniu prof. Grzegorz Materna zaprezentował referat pt. „Ocena najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w projekcie wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych”, w którym dokonał analizy, na ile bezwzględny jest status tzw. klauzul czarnych jako wchodzących w zakres zastosowania art. 101(1) TFUE ograniczeń konkurencji „ze względu na cel”. Prelegent wyjaśnił, że zgodnie z wytycznymi KE z 2010 r., gdy najpoważniejsze ograniczenie konkurencji są włączone do porozumienia domniemywa się, że porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101(1) TFUE. Przedsiębiorstwa mogą jednak wykazać w indywidualnych przypadkach skutki prokonkurencyjne na podstawie art. 101(3) TFUE. Jak wskazał prelegent, przykładem takiego najpoważniejszego ograniczenia konkurencji jest narzucanie cen odsprzedaży (RPM). Według wytycznych KE z 2010 r. domniemywa się, że porozumienie zawierające RPM ogranicza

konkurencję i w związku z tym wchodzi w zakres stosowania art. 101(1) TFUE. Prof. Grzegorz Materna wskazał, że w świetle aktualnego orzecznictwa TSUE ograniczenia konkurencji „ze względu na cel” zależą od kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki porozumienie to się wpisuje. Prelegent wyjaśnił, że proponowane przez KE wytyczne zawierają przykłady ilustrujące, w jakich wyjątkowych okolicznościach najpoważniejsze ograniczenie konkurencji może nie wchodzić w zakres stosowania art. 101(1) TFUE. Na zakończenie, prof. Grzegorz Materna wskazał, że najpoważniejsze ograniczenia konkurencji jednocześnie, co do zasady, stanowią ograniczenia konkurencji „ze względu na cel”. W propozycji nowych regulacji KE uwzględniono jednak wzruszalność domniemania antykonkurencyjnego celu takich porozumień, zaznaczając, że porozumienia takie nie tylko mogą być objęte wyłączeniem indywidualnym, lecz także, w odpowiednich okolicznościach, mogą nie wejść w zakres art. 101(1) TFUE.

Po zakończeniu prezentacji referatów prof. Grzegorz Materna poprosił pozostałych prelegentów o wskazanie przez nich najważniejszych zalet oraz wad w zakresie omawianych przez nich nowych rozwiązań proponowanych przez KE.

W opinii dr. Jarosława Łukawskiego największą wadą (niedostatkami) nowych rozwiązań jest brak wystarczającej liberalizacji przepisów dotyczących klauzuli zakazu konkurencji. Proponowane przez KE rozwiązania są niewystarczające, a praktyka gospodarcza pokaże czy dystrybutorzy skutecznie będą mogli korzystać z tego wyłączenia, powołując się na wskazane w wytycznych okoliczności (tj. fakt, że nabywca może skutecznie renegecjować lub rozwiązać porozumienie wertykalne). Największą zaletą omawianych zmian jest zmniejszenie rygoru odnośnie do dystrybucji wyłącznej poprzez możliwość ustanowienia kilku wyłącznych dystrybutorów przy zachowaniu testu proporcjonalności. Obecnie obowiązujące przepisy ujmowały przedmiotową wyłączność w sposób wąski (tj. jako ustanowienie jednego dystrybutora na określonym terytorium lub w stosunku do określonej grupy klientów), a przez co ograniczyły możliwość skorzystania z tego wyłączenia.

Z kolei zdaniem dr. Bartosza Targańskiego największym mankamentem proponowanych zmian jest to, że odnoszą się one do wertykalnego („tradycyjnego”) systemu dystrybucji, który ma charakter liniowy i układa się w pionowy ciąg podmiotów gospodarczych. Tymczasem obecne realia wskazują na zmianę kanałów dystrybucji dóbr, które mają bardziej złożony charakter (tj. „wertykalno-horyzontalny”). Współczesna sprzedaż ma charakter wielokanałowy, co zakłada wykorzystanie przez przedsiębiorców wszelkich kanałów dystrybucji i sprzedaży produktów, np. producent może bezpośrednio sprzedawać swoje produkty z pominięciem dystrybutorów. Proponowane przez KE przepisy, wykorzystując pojęcia charakterystyczne dla tradycyjnego modelu dystrybucji, mogą zatem w niewystarczający sposób przystawać do obecnych realiów gospodarczych. W opinii dr. Bartosza Targańskiego największą zaletą proponowanych zmian jest zapewnienie producentom większej swobody w kształtowaniu przez nich swojej polityki handlowej w Internecie. KE, proponując przedmiotowe zmiany, odeszła również od faworyzowania kanału online, kosztem kanału offline.

Następnie dr. Bartosz Targański zadał pytanie prof. Grzegorzowi Maternie, czy w związku z obecną sytuacją pandemiczną przedsiębiorcy mogliby argumentować, że określone klauzule umowne (tradycyjnie uznawane jako „klauzule czarne”) powinny korzystać z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego ze względu na specyficzny kontekst gospodarczy i prawny. Prof. Grzegorz

Materna wyjaśnił, że przedstawiona przez niego dwustopniowa ocena antykonkurencyjnego celu porozumienia stanowi możliwy model oceny każdej klauzuli (porozumienia), również w kontekście obecnej sytuacji związanej z epidemią. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, w stosunku do każdego porozumienia uznawanego jako ograniczenie konkurencji „ze względu na cel” (np. RPM) należy ocenić czy funkcjonuje ono w szczególnych okolicznościach (tj. w specyficznym kontekście prawno-gospodarczym). Proponowane wytyczne KE wskazują przykład porozumienia w sprawie wykonania umowy (w celu wykonania przez nabywcę umowy zawartej przez dostawcę z konkretnym użytkownikiem końcowym). W takim przypadku ustalanie ceny odsprzedaży nie powoduje ograniczenia w rozumieniu art. 101(1) TFUE.

Artur Szmigielski

Zakład Prawa Konkurencji INP PAN

adres e-mail: a.szmigielski@inp.pan.pl

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8916-4911>