

Grzegorz Materna\*

## Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Umowy agencyjne w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji
- III. Umowy agencyjne a zakres przedmiotowy rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.
- IV. Umowa agencyjna a wyłączenie grupowe z rozporządzenia z 30 marca 2011 r.
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Umowy agencyjne lub umowy do nich zbliżone mogą kształtować relacje między przedsiębiorcami działającymi w systemie dystrybucji produktów. Jednocześnie status tych umów w polskim prawie ochrony konkurencji wydaje się nie do końca jasny. Nie budzi wątpliwości, że umowy agencyjne zawierane w systemach dystrybucji produktów stanowią (wertykalne) porozumienia między przedsiębiorcami. Głębszej analizy wymaga natomiast kwestia stosowania się do tych umów zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz reguł wyłączeń grupowych zawartych w rozporządzeniu Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W artykule przedstawiona została propozycja podejścia do problemu kwalifikowania umów agencyjnych w kontekście zakazu porozumień ograniczających konkurencję, z uwzględnieniem zarówno wykładni językowej wskazanego wyżej rozporządzenia, jak i wcześniejszych rozporządzeń wyłączeniowych oraz orzecznictwa antymonopolowego. W artykule przedstawiane są argumenty za stosowaniem w odniesieniu do umów agencyjnych wykładni inspirowanej podejściem do tych umów w prawie konkurencji Unii Europejskiej.

**Słowa kluczowe:** agencja; prawo ochrony konkurencji; zakaz porozumień ograniczających konkurencję; wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień.

### I. Wprowadzenie

W polskim prawie ochrony konkurencji nie przewidziano szczególnych uregulowań, które precyzowałyby status umów agencyjnych w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Tymczasem umowy takie lub umowy do nich zbliżone mogą być wykorzystywane do

\* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN, pracownik UOKiK. Przedstawione w artykule poglądy autora nie mogą być utożsamiane z oficjalnym stanowiskiem UOKiK.

ukształtowania relacji między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu w ramach jednego systemu dystrybucji produktów. Równocześnie w kodeksie cywilnym jednoznacznie przewidziano, że stronami umowy agencyjnej (dającym zlecenie i agentem) są przedsiębiorcy<sup>1</sup>. Wobec tego na potrzeby zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup> umowa agencyjna stanowi porozumienie<sup>3</sup>, a warunki tej umowy mogą być potencjalnie poddane ocenie Prezesa UOKiK w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>4</sup>. Zarazem zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie antymonopolowym podejmującym problematykę umów agencyjnych przedstawiane są argumenty na rzecz niestosowania do umów agencyjnych zakazu porozumień ograniczających konkurencję między przedsiębiorcami<sup>5</sup>.

W powyższym świetle istotna jest kwestia stosowania do umów agencyjnych zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz objęcia ich przedmiotowym zakresem rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 81 ze zm.) i wyłączeniem spod zakazu z art. 6 uokik<sup>6</sup>.

## II. Umowy agencyjne w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji

Umowa agencyjna została w polskim prawie zdefiniowana w kodeksie cywilnym<sup>7</sup> jako umowa między dającym zlecenie a przyjmującym je agentem. Równocześnie jednoznacznie przewidziano, że stronami umowy agencyjnej (dającym zlecenie i przyjmującym je agentem) są przedsiębiorcy<sup>8</sup>. W zakresie działalności swego przedsiębiorstwa agent zobowiązuje się do **stałego pośredniczenia**, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów **na rzecz dającego zlecenie** przedsiębiorcy (agencja pośrednicza) **albo do zawierania ich w jego imieniu** (agencja przedstawicielska)<sup>9</sup>. Zadania realizowane przez agenta polegają w konsekwencji na wyszukiwaniu klientów, zachęcaniu ich do zawarcia umowy, zbierania danych o nich, udzielaniu im informacji o ofercie, ewentualnym przedstawianiu próbek (agencja pośrednicza) lub na dokonywaniu w imieniu dającego zlecenie czynności prawnych, których stroną pozostaje dający zlecenie, po którego stronie pozostają prawa i obowiązki związane z zawartą przez agenta umową (agencja przedstawicielska)<sup>10</sup>. Agent może działać w ramach stosunku agencji na własny rachunek lub na rachunek dającego zlecenie<sup>11</sup>. Wskazuje się ponadto, że przesłankę kwalifikującą umowę jako umowę agencyjną stanowi zobowiązanie do pośredniczenia przy zawieraniu umów, natomiast

<sup>1</sup> Art. 558 § 1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: uokik).

<sup>3</sup> Art. 4 pkt 5 uokik.

<sup>4</sup> Art. 6 uokik.

<sup>5</sup> Wyr. SA w W-wie z 13.02.2007 r. (VI Aca 819/06), OSSR 2007, nr 6, poz. 1, s. 82; M. Kolański, *The economic approach in Polish courts: permitted agency agreements or prohibited price fixing? Case comment to the judgment of the Appeal Court in Warsaw of 13 February 2007 – Roche and Hand-Prod (Ref. No. VI Aca 819/06)*, YARS 2008, nr 1(1), s. 242 i d.; E. Sage [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 534–535. Zob. również: E. Sage [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008, s. 215–216.

<sup>6</sup> Na temat zakresu przedmiotowego rozporządzeń wyłączeniowych i przedmiotu wyłączenia, zob. E. Sage [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska (red.), *Wyłączenia grupowe...*, s. 210–211.

<sup>7</sup> Art. 758 § 1 kc.

<sup>8</sup> Art. 558 § 1 kc. Zob. I. Mycko-Katner, *Umowa agencyjna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, rozdz. III.

<sup>9</sup> K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Komentarz do art. 758 kodeksu cywilnego*, LEX 2010, pkt 2-3.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> I. Mycko-Katner, *Umowa agencyjna...*, rozdz. III.2.4.

zobowiązanie agenta do zawierania umów w imieniu dającego zlecenie jest elementem dodatkowym i nie odgrywa roli samodzielnej przesłanki kwalifikacyjnej<sup>12</sup>.

W polskim prawie **nie podjęto się odrębnego zdefiniowania umowy agencyjnej na potrzeby przepisów o ochronie konkurencji**. Wskazać zarazem należy, że w kodeksie cywilnym przyjęto, że stronami umowy agencyjnej są przedsiębiorcy. Status przedsiębiorcy ma w szczególności agent<sup>13</sup>. Taka jest również ocena statusu agenta na gruncie prawa ochrony konkurencji. W uokik pojęcie przedsiębiorcy jest definiowane szerzej niż w kc, czy w ustawie z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>14</sup>. W myśl definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 4 pkt 1 uokik przedsiębiorcami na potrzeby stosowania uokik są przedsiębiorcy „w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”<sup>15</sup>, a także cztery dodatkowe kategorie podmiotów<sup>16</sup>. Osoby wykonujące w charakterze pośrednika handlowego działalność gospodarczą we własnym imieniu, lecz na rzecz innej osoby, w tym agencji, są uznawane za przedsiębiorców na potrzeby ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>17</sup>. W konsekwencji status przedsiębiorcy agencji mają również na gruncie uokik (art. 4 pkt 1 *in initio*)<sup>18</sup>.

Wobec powyższego umowa agencji może być uznana za stanowiącą porozumienie między przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. a uokik. W związku z tym **umowy te podlegają ocenie w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję** (art. 6 uokik).

Dla dalszych rozważań istotne jest zarazem zdefiniowanie umów agencyjnych i podejście do nich w **unijnym prawie konkurencji**<sup>19</sup>. Problematyka umów agencyjnych uwzględniona została w opublikowanych przez Komisję wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>20</sup>, jest też poruszana w orzecznictwie sądów europejskich<sup>21</sup>.

W świetle wytycznych Komisji niektórym umowom uznawanym w prawie krajowym za umowy agencyjne może być odmówione posiadanie takiego statusu na gruncie prawa UE, natomiast inne stanowią, tzw. umowy agencyjne właściwe, które są zasadniczo wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>22</sup>. W wytycznych **definiuje się agenta** jako osobę prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby dającej zlecenie, we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na: zakup towarów

<sup>12</sup> D. Bucior, *Pośredniczenie i zawieranie umów jako przedmiot zobowiązania agenta*, „Studia Prawnicze KUL” 2010, nr 1, s. 7–39.

<sup>13</sup> I. Mycko-Katner, *Umowa agencyjna...*, rozdz. III.4.6.

<sup>14</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.

<sup>15</sup> Pojęcie przedsiębiorcy w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej obejmuje osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębne ustawy przyznają zdolność prawną, prowadzące we własnym imieniu działalność gospodarczą rozumianą jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopaliny ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 4 ust. 1 w zw. z art. 2). Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2).

<sup>16</sup> Antymonopolowa definicja przedsiębiorcy obejmuje swym zakresem również określone podmioty działające w sferze użyteczności publicznej (**lit. a**), osoby fizyczne wykonujące zawód (**lit. b**), określone osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, które posiadają kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, podejmując dalsze działania podlegające kontroli koncentracji (**lit. c**), związki przedsiębiorców (**lit. d**). Szerzej, zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 60–113.

<sup>17</sup> M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie europejskim oraz w orzecznictwie sądowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 203–204; K. Strzykowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 213.

<sup>18</sup> E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 84; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 97.

<sup>19</sup> Szerzej, m.in. M. Kozak, *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 28–43; A. Maziarz, *Porozumienia wertykalne w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 215–223.

<sup>20</sup> Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz. UE z 2010 r. nr C 130, s. 1).

<sup>21</sup> M.in. wyr. TS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA. Zb.Orz. 2006, I-11987; wyr. TS z 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 CEPESA Estaciones de Servicio SA przeciwko LV Tobar e Hijos SL, Zb.Orz. 2008, I-06681.

<sup>22</sup> Zob. pkt 2.2. wytycznych.

lub usług przez dającego zlecenie, lub sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie. **O uznaniu danej relacji między podmiotami rynkowymi za umowę agencyjną na potrzeby art. 101 TFUE decyduje** ponoszenie przez agenta **ryzyka finansowego lub handlowego** związanego z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie<sup>23</sup>. Dla tej oceny szczególne znaczenie ma przyznanie agentowi własności zakupionych lub sprzedanych towarów objętych porozumieniem<sup>24</sup>. Nie jest natomiast istotne, czy agent działa dla jednego czy dla kilku dających zlecenie, nie jest też istotna kwalifikacja umowy dokonana przez strony lub prawodawstwo krajowe<sup>25</sup>. **Gdy to dający zlecenie ponosi ryzyko handlowe i finansowe** związane ze sprzedażą i zakupem objętych porozumieniem towarów, działania agenta uznawane są za „część działalności dającego zlecenie”, wobec czego zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE nie obejmuje oceny obowiązków nałożonych na agenta w związku z umowami zawieranymi na rzecz dającego zlecenie<sup>26</sup>. Art. 101 ust. 1 TFUE **ma jednak zastosowanie** do oceny stosunków między agentem i dającym zlecenie, w szczególności gdy zawierają postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie lub postanowienia uniemożliwiające agentowi działanie w charakterze agenta lub dystrybutora przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie – w tym zakresie traktuje się agenta jako przedsiębiorstwo odrębne od dającego zlecenie<sup>27</sup>. Ponadto umowa agencyjna może również wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, nawet jeżeli dający zlecenie ponosi całe stosowne ryzyko finansowe i handlowe, gdy ułatwia ona znowę<sup>28</sup>.

Zasady wypracowane w wytycznych Komisji zasadniczo mają odzwierciedlenie w orzecznictwie, przy czym Trybunał Sprawiedliwości dokonuje oceny relacji między podmiotami rynkowymi jako umów agencyjnych w oparciu o różne koncepcje określające stopień niezależności przedstawiciela<sup>29</sup>. W nowszym orzecznictwie TS uznał, że umowy między dającym zlecenie a agentem (pośrednikiem) podlegają ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, o ile stosunki między nimi nie będą czyniły z nich w praktyce jednego organizmu gospodarczego (*single economic unit*). Trybunał podkreślił wagę okoliczności ponoszenia przez pośredników (agentów) ryzyka wynikającego z wynegocjowanych lub z zawartych umów na rachunek zleceniodawcy<sup>30</sup>. Jednocześnie TS przyjął, że w zakresie, w jakim umowa agencyjna zawiera postanowienia dotyczące stosunków między agentem a zleceniodawcą (klauzuli wyłączności, klauzul zakazu konkurencji), w ramach takich stosunków agenci są w zasadzie niezależnymi podmiotami gospodarczymi, a omawiane klauzule mogą naruszyć reguły konkurencji w zakresie, w jakim powodują zamknięcie omawianego rynku<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> Rodzaje ryzyka istotne dla oceny statusu agenta wymienione zostały w pkt 16 Komunikatu Komisji – Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych. Jeżeli agent ponosi jeden rodzaj lub kilka rodzajów ryzyka tam opisanego, umowa między agentem a dającym zlecenie nie stanowi umowy agencyjnej dla celów zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE. W takiej sytuacji agent jest traktowany jako niezależne przedsiębiorstwo, a umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie podlega ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, tak jak inne porozumienia wertykalne (pkt 21 Wytycznych).

<sup>24</sup> Komisja wskazuje, że ta okoliczność „zasadniczo” pozwoli na zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE, a zatem przy zaistnieniu dodatkowych, szczególnych okoliczności nie jest wykluczona odmienna ocena. Zob. Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 15.

<sup>25</sup> Ibidem, pkt 12–13.

<sup>26</sup> Ibidem, pkt 18.

<sup>27</sup> Ibidem, pkt 19.

<sup>28</sup> Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy kilka przedsiębiorstw wykorzystuje tych samych agentów, zbiorowo uniemożliwiając innym podmiotom skorzystanie z usług tych agentów oraz gdy przedsiębiorstwa te wykorzystują agentów do uzgadniania strategii marketingowej lub wymiany informacji istotnych dla rynku. Zob. Ibidem, pkt 20.

<sup>29</sup> Szerzej, M. Kozak, Umowa agencyjna..., s. 28–43.

<sup>30</sup> Wyr. TS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA. Zb.Orz. 2006, I-11987, pkt 42–44.

<sup>31</sup> Wyr. TS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA. Zb.Orz. 2006, I-11987, pkt 62. Por. również wyr. TS z 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 CEPSA Estaciones de Servicio SA przeciwko LV Tobar e Hijos SL, Zb.Orz. 2008, I-06681, pkt 44.

### III. Umowy agencyjne a zakres przedmiotowy rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.

W polskim prawie ochrony konkurencji umowy agencyjne stanowią – jak już wskazano – porozumienie między przedsiębiorcami, co stwarza formalne podstawy stosowania się do nich zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 uokik). W ten sposób kluczowe znaczenie dla ostatecznej oceny porozumienia zawartego na warunkach umowy agencyjnej w ramach systemu dystrybucji produktów ma analiza rozporządzenia z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączeń grupowych.

Zakres przedmiotowy tego rozporządzenia określony został w § 4. W jego świetle wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne, w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub systemy dystrybucji franchisingowej, jeżeli spełniają warunki wyłączenia określone w rozporządzeniu<sup>32</sup>. Ustalenie zakresu przedmiotowego rozporządzenia wymaga zatem rozważenia zakresu pojęcia „porozumienie wertykalne” (§ 3 pkt 2 rozporządzenia). W jego świetle o uznaniu określonej relacji między przedsiębiorcami za porozumienie wertykalne decyduje: i/ prowadzenie przez tych przedsiębiorców działalności na różnych szczeblach obrotu, ii/ przedmiotem porozumienia są warunki „zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów”<sup>33</sup>. Z punktu widzenia umów agencyjnych istotny jest ostatni z tych czynników, tj. lista działań mogących stanowić przedmiot porozumienia wertykalnego. Z językowej wykładni § 3 pkt 2 rozporządzenia wynika, że działania w nim wymienione mogą występować rozłącznie, a w konsekwencji, porozumienie wertykalne może nie obejmować zakupu towarów przez przedsiębiorcę na niższym szczeblu obrotu. Pozwala to odnieść pojęcie porozumienia wertykalne do typowych umów agencyjnych, nieprzyznających agentowi własności sprzedawanego (odsprzedawanego) towaru.

Ponadto zwrócić należy uwagę na występujące w rozporządzeniu pojęcie „dystrybutor” (§ 3 pkt 9). Jego zakres uwzględnia zarówno przedsiębiorcę działającego na niższym szczeblu dystrybucji, kupującego towary od dostawcy<sup>34</sup>, jak i przedsiębiorcę odsprzedającego towary dostawcy „w imieniu dostawcy”<sup>35</sup>. Ta druga kategoria wydaje się obejmować umowy agencyjne, na podstawie których agent zawiera z klientami umowy w imieniu dającego zlecenie („w imieniu dostawcy”). Wskazywać to może na dostrzeżenie przez prawodawcę zarówno systemów dystrybucji, w których w łańcuchu dystrybucji dochodzi do transakcji sprzedaży towarów objętych porozumieniem między przedsiębiorcami na różnych szczeblach dystrybucji, jak i takich, w których podmioty na niższym szczeblu dystrybucji działają „w imieniu dostawcy”.

Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że zakres przedmiotowy rozporządzenia z 30 marca 2011 r. uwzględnia zawierane między przedsiębiorcami na różnych szczeblach obrotu umowy agencyjne. Przepisy rozporządzenia nie dają jednak takiej jasności co do możliwości korzystania przez umowy agencyjne z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wydaje się – co zostanie omówione w dalszej części artykułu – że sformułowane

<sup>32</sup> Równocześnie, zgodnie z § 2 rozporządzenia, nie ma ono zastosowania do porozumień wertykalnych objętych zakresem innego rozporządzenia wyłączeniowego.

<sup>33</sup> Towary należy definiować zgodnie z art. 4 pkt 7 uokik, jako rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

<sup>34</sup> Dostawca to przedsiębiorca działający na wyższym szczeblu obrotu, sprzedający, zgodnie z w § 3 pkt 7 rozporządzenia, towary objęte porozumieniem wertykalnym.

<sup>35</sup> Relacje takiego podmiotu z dostawcą nie obejmują – jak należy przyjąć – sprzedaży dystrybutorowi przez dostawcę towarów objętych porozumieniem.

w rozporządzeniu warunki wyłączenia (tak ilościowe, jak i jakościowe) w ogóle nie odnoszą się do umów agencyjnych.

#### IV. Umowa agencyjna a wyłączenie grupowe z rozporządzenia z 30 marca 2011 r.

Jak wykazano wyżej, umowy agencyjne zawierane w systemach dystrybucyjnych to porozumienia między przedsiębiorcami wchodzące w zakres przedmiotowy rozporządzenia z 30 marca 2011 r. W konsekwencji **mogą one korzystać z przewidzianego w rozporządzeniu dobrodziejstwa wyłączenia grupowego**, o ile spełniają przewidziane w nim warunki: ilościowe (dotyczące progów udziałów rynkowych uczestników porozumienia) oraz jakościowe (dotyczące treści zawartych w porozumieniu klauzul).

Jednocześnie należy podnieść, że **wykładnia językowa przepisów dotyczących ilościowych (§ 8, 9 i 10) i jakościowych (§ 11 i 12) warunków wyłączenia** nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o objęcie wyłączeniem umów agencyjnych, dając odmienne rezultaty w przypadku warunków jakościowych i warunków ilościowych.

W przypadku **jakościowych warunków** wyłączenia analiza przepisów rozporządzenia może prowadzić do wniosku, że umowy agencyjne korzystają z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Przepisy, w których określono porozumienia wertykalne niepodlegające wyłączeniu (§ 11) i klauzule, których występowanie w porozumieniu wertykalnym stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 uokik (§ 12), nie uwzględniają bowiem umów agencyjnych. Wniosek taki wynika stąd, że wskazane przepisy odnoszą się zasadniczo do porozumień wertykalnych, których stronami są „nabywcy” towarów objętych porozumieniem (§ 8–10, § 11 pkt 1–2 i 5, § 12 pkt 1, 3). Nabywcą w świetle rozporządzenia jest z kolei uczestnik systemu dystrybucji, który „kupiwa towary objęte porozumieniem wertykalnym” (§ 3 pkt 8). Decydujące o statusie nabywcy jest zatem dokonywanie zakupu towarów objętych porozumieniem, co nie jest cechą relewantną w relacjach umownych między dającym zlecenie a jego agentem<sup>36</sup>. Brak jest zarazem podstaw do ewentualnego stawiania tezy, że pojęcie nabywcy odnosi się również do sytuacji, gdy w ramach swej działalności nabywca nie kupuje towarów od dostawcy. Nie jest możliwe uznanie, że pojęcie kupna zostało tu użyte w znaczeniu szerszym niż wynikające z literalnego brzmienia. Prawodawca przewidział wprawdzie w rozporządzeniu istnienie takich relacji między przedsiębiorcami na różnych szczeblach dystrybucji, które nie opierają się na sprzedaży (zakupie) towaru, ale przedsiębiorcę, który w takich relacjach działa na niższym szczeblu obrotu, określił mianem „dystrybutora” (§ 3 pkt 9 rozporządzenia).

Zaznaczyć należy, że niektóre przepisy rozporządzenia dotyczące jakościowych warunków wyłączenia nie posługują się pojęciem nabywcy (§ 11 pkt 3–4, § 12 pkt 2). Jednak również one odnoszą się tylko do takich porozumień, w ramach których dochodzi do sprzedaży towaru między

<sup>36</sup> Podkreślenia wymaga, że zakres pojęć dostawcy i nabywcy zasadniczo nie zmienił się w stosunku do definicji w poprzednich dwóch rozporządzeniach dot. porozumień wertykalnych z 2007 r. i z 2002 r. Zaszła wprawdzie zmiana w sformułowaniu definicji nabywcy polegająca na usunięciu sformułowania wskazującego, że za nabywcę rozumie się również dystrybutora (w poprzednich rozporządzeniach wyłączeniowych nabywcę definiowano jako „przedsiębiorcę, który kupuje towary objęte porozumieniem, w tym dystrybutora, zob. § 2 pkt 9 rozporządzenia z 2002 r. i § 2 pkt 8 rozporządzenia z 2007 r.). Wydaje się jednak, że zmiana ta nie może rzutować na zakres pojęcia, gdyż zarówno obecne, jak i poprzednie rozporządzenia identycznie definiowały nabywcę jako podmiot „który kupuje towary objęte porozumieniem”. W tej sytuacji przywołanie w definicji pojęcia „dystrybutor” nie mogło wywierać skutku w postaci rozszerzenia zakresu pojęcia nabywcy, gdyż z treści przepisu wyraźnie wynikało, że dystrybutor również musiał mieścić się w kategorii podmiotów, które kupują towary objęte porozumieniem.

ich stronami<sup>37</sup>. Tym samym ściśle odczytanie sformułowanego w rozporządzeniu katalogu porozumień i klauzul niekorzystających z wyłączenia prowadzi do wniosku, że nie odnosi się on do umów agencyjnych (jak i do każdej umowy, która nie zawiera zobowiązania jednej ze stron umowy do zakupu towarów drugiej strony).

Przedstawiona okoliczność nie oznacza jednak, że umowy agencyjne są objęte dobrodziejstwem wyłączenia grupowego, niezależnie od treści klauzul, jakie zawierają. Biorąc pod uwagę inne przepisy rozporządzenia brak bezpośredniego odniesienia się w katalogach klauzul czarnych z § 11 i 12 rozporządzenia do umów agencyjnych tłumaczyć należy zwyczajnym nieuwzględnieniem różnorodności sposobów organizacji systemów dystrybucji, które niekoniecznie muszą wiązać się ze sprzedażą towarów pomiędzy uczestnikami porozumienia. Do takich wniosków prowadzi analiza przepisów formułujących **ilościowe warunki wyłączenia**. W przepisach tych określono wysokość progów udziału w rynku uczestników porozumienia wertykalnego, poniżej którego podlega ono wyłączeniu. Określone tymi przepisami progi dotyczą jedynie porozumień zawieranych między przedsiębiorcami mającymi status „dostawcy” i „nabywcy” (a więc, między przedsiębiorcami, których wiążą transakcje sprzedaży towarów objętych porozumieniem)<sup>38</sup>.

W tym świetle uznać należy, że o ile umowy agencyjne objęte zostały zakresem przedmiotowym rozporządzenia, o tyle warunki, na jakich umowy agencyjne mogłyby podlegać wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nie zostały w rozporządzeniu określone.

Wobec powyższego przy ustalaniu reguł mających zastosowanie do umów agencyjnych najwłaściwsze wydaje się odwołanie do prawa europejskiego. Stosowanie w tym przypadku **pro-europejskiej wykładni** przepisów uzasadnia specyfika polskiego prawa ochrony konkurencji, którego podstawowe instytucje i szczegółowe rozwiązania prawne w znacznej mierze zostały ukształtowane na podstawie wzorców czerpanych z prawa UE. Wprawdzie prawo unijne nie formułuje obowiązku całkowitej zgodności krajowych przepisów o ochronie konkurencji z art. 101 i 102 TFUE<sup>39</sup>, a krajowe przepisy o zakazie praktyk ograniczających konkurencję nie zostały objęte procesem harmonizacji prawa<sup>40</sup>, jednak istotne jest to, że:

- już sam prawodawca jednoznacznie **zadeklarował w uzasadnieniu projektu rozporządzenia**<sup>41</sup>, że źródłem inspiracji dla szczegółowych treści zawartych w tym rozporządzeniu były aktualnie obowiązujące zasady wyłączeń grupowych w prawie UE; z przywoływanego uzasadnienia wyraźnie wynika, że projektodawcom przyświecał cel zapewnienia przedsiębiorcom, którzy muszą w swej działalności uwzględniać zarówno unijne, jak i krajowe uregulowania prawne z zakresu ochrony konkurencji, przejrzystości tych regulacji oraz tego, by na gruncie prawa polskiego do porozumień wertykalnych stosowane były zasadniczo te same wymogi wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, jak te, które konieczne są do uznania, że porozumienie spełnia wymogi wyłączenia w prawie UE;

<sup>37</sup> Chodzi tu o klauzule niedozwolone w porozumieniach dystrybucji selektywnej. Ze względu na definicję systemu dystrybucji selektywnej w § 3 pkt 5 rozporządzenia odnoszą się one tylko do porozumień, w których towary objęte porozumieniem są przez przedsiębiorcę na wyższym szczeblu obrotu sprzedawane podmiotowi działającemu na niższym szczeblu.

<sup>38</sup> Przepis § 8 rozporządzenia stanowi, że „porozumienia wertykalne podlegają wyłączeniu, jeżeli: 1) udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych takim porozumieniem nie przekracza 30%; 2) udział nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca, w rynku właściwym zakupu towarów objętych takim porozumieniem nie przekracza 30%”. Treść § 9 i 10 rozporządzenia, które również dotyczą ilościowych warunków wyłączenia, nie zmienia stawianej tezy.

<sup>39</sup> L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*. Third Edition, Kluwer Law International, Hague 2005, s. 14.

<sup>40</sup> Wyr. SN z 9.8.2006 r. (III SK 6/06), OSNP 2008/1-2/25.

<sup>41</sup> Projekt z 24.01.2011 r.

- kwalifikowanie umów agencyjnych na gruncie prawa ochrony konkurencji w sposób uwzględniający praktykę stosowania prawa UE **ułatwiałby dalszą integrację gospodarczą w ramach UE**, zapobiegając różnicowaniu obowiązków w zakresie dostosowywania tych umów do zasad konkurencji w zależności od tego czy działalność danego podmiotu podlega ocenie na podstawie tylko prawa krajowego, czy również na gruncie prawa UE; sprzyjałoby to pewności prawnej adresatów norm prawa ochrony konkurencji, którzy w innej sytuacji musieliby dostosowywać działania do zasad konkurencji w różnym stopniu – w zależności od tego czy chodzi o prawo UE, czy o polskie prawo ochrony konkurencji;
- niezależnie od tego wskazać należy na ustaloną i zaakceptowaną w orzecznictwie SN<sup>42</sup>, **tradycję posiłkowania się przy interpretacji pojęć używanych w polskim prawie ochrony konkurencji prawem UE** jako źródłem inspiracji intelektualnej, przykładem rozumowania prawniczego i rozumienia pojęć – również w sprawach, w których taki obowiązek bezpośrednio nie wynika z prawa UE.

Za takim modelem oceny umów agencyjnych opowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie, oceniając w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję umowę między importerem leku a przedsiębiorcą, opartą – jak uznał sąd – na zasadach „zbliżonych do umowy agencyjnej”<sup>43</sup>. Sąd, odwołując się do doktryny *single economic unit*, orzekł, że ten zakaz co do zasady nie dotyczy uzgodnień dokonywanych między przedsiębiorcami, których relacje kształtuje umowa o charakterze zbliżonym do umowy agencyjnej. W sensie ekonomicznym są oni bowiem, zdaniem Sądu, jednolitym organizmem gospodarczym<sup>44</sup>. Sąd Apelacyjny uznał, że: 1/ umowa między importerem leku a przedsiębiorcą, który te leki dystrybuuje na zasadach „zbliżonych do umowy agencyjnej” stanowi porozumienie w świetle art. 5 ówczesnie obowiązującej ustawy antymonopolowej, 2/ gdy dystrybutor sprzedaje towary importera, porozumienie to ma zarazem charakter porozumienia wertykalnego, 3/ równocześnie dla takiego porozumienia – jeśli zawiera uzgodnienia dot. cen, po jakich dystrybutor będzie odsprzedawać towary importera (przedsiębiorcy działającego na wyższym szczeblu obrotu) – brak jest według Sądu wyłączenia grupowego; Sąd wskazuje na „milczenie polskiego ustawodawcy w okresie przedakcesyjnym odnośnie do wyłączenia umów agencyjnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję”, 4/ ...ale w takim przypadku zasadne jest stosowanie wykładni „inspirowanej interpretacją i duchem prawa wspólnotowego”<sup>45</sup>, odpowiadającej utrwalonemu orzecznictwu wspólnotowemu<sup>46</sup>.

Przywoływany wyrok nie został wprawdzie wydany w obecnym stanie prawnym, odnosił się do nieobowiązującego już rozporządzenia Rady Ministrów z 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.). **Mimo zmiany stanu prawnego sposób rozumowania Sądu nie stracił jednak na aktualności.** Między obecną a ówczesną regulacją nie ma istotnych

<sup>42</sup> Zob. wyr. SN z 9.08.2006 r. (III SK 6/06), OSNP 2008/1-2/25; wyr. SN z 6.12.2007 r. (III SK 16/07), Dz.Urz. UOKiK 2008/2, poz. 21.

<sup>43</sup> Wyr. SA w W-wie z 13.02.2007 r. (VI Aca 819/06), niepubl.; M. Kolasiński, *The economic approach*, s. 242 i d.

<sup>44</sup> Wskazana w wyroku potrzeba dokonywania oceny, czy przedsiębiorcy dokonujący ustaleń w relacji wertykalnej są względem siebie niezależni, jest w praktyce realizowana przez Prezesa UOKiK. Organ uznaje, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję z art. 6 uokik zasadniczo nie ma zastosowania do umów i uzgodnień między przedsiębiorcami, którzy na rynku zachowują się jak jeden organizm gospodarczy, realizując jeden cel gospodarczy. Por. decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r. nr DOK 34/07. Odmiennie sytuacja może kształtować się w przypadku, gdy porozumienie obejmuje kilku przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej oraz przedsiębiorcę nienależącego do niej, por. decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2011 r. nr DOK-12/2011.

<sup>45</sup> Obecnie: unijnego.

<sup>46</sup> Obecnie: unijnemu.



różnic w sposobie definiowania porozumienia wertykalnego i kluczowego w tym przypadku pojęcia nabywcy<sup>47</sup>.

Należy zarazem uznać, że „inspirowanie się interpretacją i duchem prawa unijnego” powinno polegać na dążeniu do uzyskania zbieżnego rezultatu z prawem UE, z uwzględnieniem kontekstu uregulowań polskiego prawa ochrony konkurencji. Ten zaś wyraża się w traktowaniu na gruncie uokik umowy między dwoma przedsiębiorcami za porozumienie, wobec czego podda ona ocenie w aspekcie art. 6 uokik. To konsekwencja uznania za przedsiębiorców pojedynczych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej<sup>48</sup>.

Powyższe okoliczności odróżniają uregulowania zawarte w uokik od unijnego prawa konkurencji. Traktatowy zakaz porozumień ograniczających konkurencję odnosi się do przedsiębiorstw (*undertakings*), na które może składać się wiele formalnie odrębnych podmiotów tworzących łącznie jeden organizm gospodarczy (*single economic unit*). Za taki jeden organizm mogą być uznani dający zlecenie i jego pośrednik handlowy (agent). Wówczas zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE jest ograniczone<sup>49</sup>.

W polskim orzecznictwie antymonopolowym znaleźć można przykłady traktowania ścisłych powiązań kapitałowych pomiędzy przedsiębiorcami jako okoliczności wyłączającej zastosowanie zakazu z art. 6 uokik<sup>50</sup>. Taki sposób rozumowania powinien być również uwzględniony w przypadku umów agencyjnych. Jednak z uwagi na to, że w rozporządzeniu wyłączeniowym ustawodawca zaliczył już umowy agencyjne do porozumień wertykalnych, problem zastosowania (lub nie) zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umowy agencyjnej powinien być rozpatrywany dopiero na etapie stosowania wyłączenia grupowego (czyli na etapie późniejszym niż w prawie UE). Upatrywanie roli prawa UE dopiero na tym etapie oceny jest najwłaściwsze również z tego względu, że to na tym etapie dostrzegalne jest owo „milczenie polskiego ustawodawcy” odnośnie do reguł, na jakich umowy agencyjne są wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>51</sup>. Wobec tego milczenia posiłkować się należy odpowiednio regułami wynikającymi z prawa UE i praktyki jego stosowania, w szczególności znajdujących wyraz w powoływanych już wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych. Na ich podstawie należałoby traktować niektóre umowy agencyjne na równi z innymi porozumieniami wertykalnymi<sup>52</sup>, natomiast tzw. umowy agencyjne właściwe – za zasadniczo wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>53</sup>.

## V. Podsumowanie

W podsumowaniu stwierdzić należy, że na gruncie uokik umowy agencyjne bez wątplenia są porozumieniami między przedsiębiorcami, a zatem może podlegać ocenie czy naruszają one zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Nie przewidziano żadnego zastrzeżenia

<sup>47</sup> Za taką istotną różnicę (ze względów wskazanych już wyżej) nie może być uznane usunięcie z obecnie obowiązującej definicji nabywcy odwołania do pojęcia „dystrybutor”.

<sup>48</sup> Zob. jednak art. 4 pkt 1 lit. d w zw. z art. 4 pkt 2 uokik, zgodnie z którym w określonym zakresie pojęcie przedsiębiorcy może również oznaczać związek przedsiębiorców rozumiany jako izba, zrzeszenie lub inna organizacja zrzeszająca przedsiębiorców, jak również związek tych organizacji.

<sup>49</sup> Zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 130–134.

<sup>50</sup> Np. decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r. nr DOK 34/07, niepubl.

<sup>51</sup> Ustawodawca bowiem nie odniósł sformułowanych w rozporządzeniu warunków wyłączenia (ilościowych i jakościowych) do umów agencyjnych.

<sup>52</sup> Tak powinny być traktowane umowy nieuznawane za umowy agencyjne według wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych (pkt 2.1).

<sup>53</sup> Zob. pkt 2.2. przywoływanych wytycznych.

o niestosowaniu zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych kształtujących relacje między przedsiębiorcami działającymi w systemie dystrybucji produktów. Pełnej jasności nie daje też wykładnia językowa rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. Z jednej strony umowy agencyjne zawierane między przedsiębiorcami na różnych szczeblach obrotu zostały uwzględnione w zakresie przedmiotowym tego rozporządzenia, z drugiej zaś – w rozporządzeniu nie sformułowano warunków wyłączenia umów agencyjnych. W związku z tym do oceny warunków, na jakich umowy agencyjne mogą podlegać wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskazane jest posiłkowanie się rozwiązaniami w prawie unijnym i praktyką jego stosowania, za czym opowiedział się Sąd Apelacyjny w przywoływanym wcześniej wyroku.

Stosowanie w odniesieniu do umów agencyjnych wykładni inspirowanej interpretacją i duchem prawa UE, odpowiadającej utrwalonemu orzecznictwu unijnemu, powinno zarazem uwzględniać, że **nie wszystkie umowy agencyjne i nie w pełnym zakresie są wyjęte spod zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE**. Nie odnosi się on do takich umów, w których to dający zlecenie ponosi ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą i zakupem objętych porozumieniem towarów, natomiast **relacje między agentem a dającym zlecenie** będą podlegać ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE w zakresie postanowień o wyłącznym przedstawicielstwie lub uniemożliwiających agentowi działanie w charakterze agenta (dystrybutora) przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie. Umowy agencyjne mogą być również poddane ocenie w aspekcie art. 101 ust. 1 TFUE, gdy są instrumentem ułatwiającym nielegalną zмовę. Komisja Europejska uznaje również, że problemy natury antymonopolowej może rodzić uzgodniona praktyka producentów oraz ich dystrybutora prowadzące do koordynowanej zmiany zasad dystrybucji produktów na umowy agencyjne, gdy praktyka ta ma cel antykonkurencyjny – wymierzona jest w innego dystrybutora produktów<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Por. np. decyzja KE z 12.12.2012 r. w sprawie COMP/39847 - E-BOOKS, pobrano z: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39847/39847\\_26804\\_4.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39847/39847_26804_4.pdf).