

5. Warsztat CARS.

Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. 20 czerwca 2013 r., Wydział Zarządzania UW

Uczestników 5. warsztatu CARS powitał prof. Tadeusz Skoczny (CARS), który zaprezentował genezę spotkania, zarysował jego podstawową tematykę oraz przedstawił prelegenta (dr Grzegorz Materna, INP PAN i UOKiK) i moderatora warsztatu (dr Łukasz Grzejdziak, WPiA UŁ).

Swoje wystąpienie dr Grzegorz Materna rozpoczął od wyjaśnienia, że wątpliwości co do kwalifikowania umów agencyjnych jako porozumień wertykalnych wzięły się z rozbieżności definicyjnych nabywcy w polskim i wspólnotowym rozporządzeniu wyłączającym dla porozumień (ograniczeń) wertykalnych. Polskie rozporządzenia wyłączające (i obecnie obowiązujące, i to z 2002 r.) definiują nabywcę jako „przedsiębiorcę, który kupuje towary objęte porozumieniem wertykalnym” (§ 3 pkt 8). W obecnie obowiązującym rozporządzeniu wyłączającym zrezygnowano przy tym z dopowiedzenia, że nabywcą jest także dystrybutor. W projekcie rozporządzenia wyłączającego z 2011 r. takie dopowiedzenie było, ale ostatecznie zniknęło.

Według dr. Materny nie ma potrzeby szczegółowego definiowania umów agencyjnych. Ważne jest wskazanie, że w polskim prawie umowy agencyjne są definiowane w Kodeksie cywilnym, natomiast brak jakiegokolwiek definicji w prawie konkurencji. W prawie konkurencji UE mamy wytyczne dot. ograniczeń wertykalnych, które kazuistycznie określają co jest umową agencyjną w świetle prawa konkurencji. Wytyczne KE wskazują, że z punktu widzenia prawa antymonopolowego nie ma znaczenia, w jaki sposób umowy agencyjne są definiowane w prawie krajowym. Prawo unijne idzie w tym kierunku, że do umów agencyjnych nie stosuje się przepisów prawa konkurencji, jeśli spełnione są pewne warunki (zwłaszcza, gdy ryzyko jest zdjęte z agenta i ponoszone przez dającego zlecenie). Brak natomiast automatycznego wyłączenia umów agencyjnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Istnieje orzecznictwo wskazujące, że jeśli agent może być traktowany jako samodzielny przedsiębiorca, umowa może podlegać art. 101 TFUE; do umów agencyjnych znajduje zastosowanie także doktryna *single economic unit*.

Zdaniem dr. Materny możliwość zastosowania do umów agencyjnych (polskiego) rozporządzenia wyłączającego w sprawie ograniczeń wertykalnych wynika z § 4 („wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne, w tym...”). Zakres zastosowania rozporządzenia wyłączającego wymaga zdefiniowania „porozumienia wertykalnego”. Definicja porozumienia wertykalnego wydaje się obejmować umowy agencyjne o tyle, o ile są to umowy zawierane między przedsiębiorcami (tak, jak wynika to z Kodeksu cywilnego). Oznacza to, że umowy agencyjne mogłyby być objęte zakresem wyłączenia z rozporządzenia wyłączającego. Możliwość interwencji organu w odniesieniu do umów agencyjnych zależy od tego, jak interpretować § 11 i 12. Zakres rozporządzenia wyłączającego dałoby się rozciągnąć na umowy agencyjne (bez analizy czy rzeczywiście przedmiotem umowy agencyjnej są warunki zakupu, sprzedaży, odsprzedaży itp., a tym samym bez rozstrzygania, czy któraś ze stron ma status nabywcy), gdyby nie to, że § 11 i 12 już bezpośrednio posługują się pojęciem „nabywcy”.

Wykładnia językowa rozporządzenia wyłączającego prowadzi do wniosku, że umowy agencyjne mogą być objęte rozporządzeniem wyłączającym, ale klauzule z § 11 i 12 niekoniecznie muszą odnosić się do umów agencyjnych. Zniknięcie elementu „dystrybutora” z definicji nabywcy, zdaniem G. Materny, nie ma znaczenia ani dla samej definicji nabywcy, ani dla objęcia umów agencyjnych rozporządzeniem wyłączającym.

Nie należy jednak poprzestawać na wykładni językowej rozporządzenia wyłączającego. W odniesieniu do umów agencyjnych istnieje już jednak orzecznictwo sądowe (wyrok SA w Warszawie w sprawie Hand-Prod), które należy uwzględnić w interpretacji rozporządzenia. W projekcie rozporządzenia wyłączającego bardzo wyraźnie wskazywano, że źródłem inspiracji dla rozwiązań krajowych było prawo unijne, celem rozporządzenia krajowego miało być zaś zapewnienie przejrzystości dla polskich przedsiębiorców, co oznaczało uwzględnienie także unijnych reguł konkurencji. Analiza odpowiednich przepisów rozporządzenia 330/2010 wskazuje co prawda na różnicę między definicją nabywcy w prawie unijnym i polskim (według prawa unijnego nabywca kupuje, według prawa polskiego...), zbieżność polega na tym, że w obydwu porządkach prawnych mówi się o nabywcy.

Wykładnia pozajęzykowa rozporządzenia wyłączającego uzasadnia wniosek, aby umowy agencyjne traktować na gruncie prawa polskiego, tak jak w prawie unijnym. W konsekwencji dla umów agencyjnych brak jest wyłączenia grupowego.

Dr Materna odczytuje z wyroku Sądu Apelacyjnego konkluzję, że skoro Sąd zachęca do stosowania wytycznych KE, to jest to równoznaczne z odstępieniem od stosowania prawa konkurencji do umów agencyjnych. Takie stanowisko, zdaniem Grzegorza Materny, jest nieuzasadnione, bo w prawie unijnym brakuje takiego generalnego wyłączenia. Przykładowo, w końcu 2012 r. KE wydała decyzję zobowiązującą w sprawie e-booków – wynika z niej, że możliwe jest zakwestionowanie takich praktyk przedsiębiorców, które prowadzą do zawarcia umów agencyjnych.

W komentarzu do wystąpienia dr. Materny moderator warsztatu dr Łukasz Grzejdziak podkreślił, że, po podstawieniu definicji nabywcy do klauzuli cenowej (z § 11), sprawa wydaje się prosta. Zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda*, jeśli wynik wykładni językowej jest jasny, to nie ma potrzeby poszukiwania innych sposobów wykładni, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że mamy do czynienia z prawem konkurencji, tj. prawem publicznym, stanowiącym podstawę władczej ingerencji organu.

Aby zastosować koncepcję dr. Materny, konieczne jest przyjęcie rozszerzającej wykładni pojęcia nabywcy. Jeśli warunkiem zastosowania klauzuli czarnej jest nabycie (kupienie) towaru, to inna interpretacja jest niedozwolona.

Po wystąpieniach prelegenta i moderatora rozpoczęła się część dyskusyjna warsztatu – na pytania uczestników odpowiadał dr Materna.

Dr Tomasz Bagdziński zapytał, czy na pewno wszystkie umowy agencyjne są porozumieniami wertykalnymi? Czy zastosowanie rozporządzenia wyłączającego nie będzie prowadziło do dualizmu prawnego?

W odpowiedzi dr Grzegorz Materna stwierdził, że trzeba raczej zadać pytanie o to, czy umowa agencyjna jest w ogóle porozumieniem ograniczającym konkurencję. Umowa agencyjna jest na pewno porozumieniem, ale niekoniecznie takim, które podlega art. 6 uokik. Konieczna jest ocena, na ile relacje między przedsiębiorcami są relacjami między samodzielnymi przedsiębiorcami,

uzasadniającymi zastosowanie zakazu z art. 6. Utrwalone orzecznictwo stanowi, że zakazowi porozumień ograniczających konkurencję podlegają stosunki między niezależnymi przedsiębiorcami – taką „niezależną” relacją nie jest np. sytuacja, gdy agent jest w zasadzie jakąś postacią pracownika podmiotu dającego zlecenie.

Mec. Robert Gago postawił następujące pytanie: zakładając, że mamy do czynienia z umową między samodzielnymi przedsiębiorcami, to czy taka umowa agencyjna podlega RW i w konsekwencji, czy stosuje się zakaz zawierania w takiej umowie klauzul czarnych. Jeśli definiujemy agenta jako nabywcę, to należy stosować zakaz ustalania cen odsprzedaży, co nie jest właściwe dla relacji agencyjnych. Tam, gdzie można zidentyfikować relacje agenta ze światem zewnętrznym – stosujemy prawo konkurencji (jak w hiszpańskiej sprawie CEPSA), jeśli chodzi o kształtowanie relacji wewnętrznych między agentem a dającym zleceniem – brakuje możliwości oceny w świetle prawa konkurencji.

Kolejne pytanie postawione przez mec. Gago dotyczyło tego, w jaki sposób należy oceniać umowy agencyjne zawierane przez firmy ubezpieczeniowe? Grzegorz Materna uchylił się od odpowiedzi.

Dr Małgorzata Kozak podkreśliła, że dotychczasowe sprawy związane z zagadnieniem antymonopolowej oceny umów dotyczyły drobnych i „nieklasycznych” umów agencyjnych. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób oceniać umowy zawierane z dużymi agentami? Dr Tomasz Bagdziński zadał dodatkowe pytanie, czy producent sprzętu AGD może zawierać umowy agencyjne z siecią sklepów? Grzegorz Materna odpowiedział, że nie ma znaczenia czy agent jest dużym, czy małym podmiotem. Niewątpliwie łatwiej wykazać, że agent jest quasi-pracownikiem, gdy chodzi o podmioty mniejsze.

Maciej Fornalczyk (COMPER) stwierdził, że dla kwalifikacji umów agencyjnych najważniejsza jest ocena modelu biznesowego: jeśli jest nim tylko pośredniczenie w sprzedaży (gdy towar pozostaje nadal własnością producenta), to relacja taka pozostaje agencją, bez względu na rozmiar.

Dr Jarosław Sroczyński stwierdził, że istotą kwalifikacji umowy jest ryzyko, faktycznie jesteśmy przyzwyczajeni do tego, że małe podmioty (np. kioskarze) nie ponoszą ryzyka. Nie można jednak powiedzieć, że duzi lub mali nie ponoszą ryzyka i że traktuje się ich inaczej. Na przykład, w sektorze farmaceutycznym mamy do czynienia z przekształcaniem dystrybutorów w agentów (system AstraZeneca).

Dr Materna odpowiedział, że nie było dotąd w Polsce oceny umów w sektorze farmaceutycznym. Podzielił ponadto pogląd, że kluczowa jest sprawa ryzyka.

Pytanie sformułowane przez Annę Laszczyk dotyczyło problemu kwantyfikacji ryzyka i jej oceny. Zostaje zawarta umowa, w której agent nie ponosi ryzyka, ale w pewnym momencie dochodzi do przejścia własności – czy taką umowę należy nadal traktować jako umowę agencyjną?

Mec. Robert Gago wyraził wątpliwość czy rzeczywiście, gdy prawo polskie milczy, to naczelną dyrektywą powinno być stosowanie prawa unijnego? Grzegorz Materna podkreślił, że do prounijnej interpretacji prawa polskiego bardziej skłonny jest Prezes UOKiK niż sądy, które w tym względzie są raczej ostrożne.

Dr Antoni Bolecki wyraził pogląd, że przejście prawa własności na agenta jest jednym z tych rodzajów ryzyka, które pozbawiają umowy charakteru agencyjnego. Z perspektywy dostawcy umowa agencyjna jest nieatrakcyjna. Umowa agencyjna z punktu widzenia ustalania cen odsprzedaży

nie różni się od umów dystrybucyjnych ustalających ceny maksymalne – KE w swoich wytycznych pozwala na to, by agenci dzielili się swoją prowizją z konsumentami.

Dr Łukasz Grzejdział podkreślił, że z punktu widzenia praktyki agencyjne umowy *genuine* mają niewielkie znaczenie.

Dr Michał Strzelecki stwierdził z kolei, że problematyczny może być również przepis Kodeksu cywilnego dotyczący prowizji *del credere* – pierwszym ryzykiem agenta jest „odpowiedzialność za zły dług”.

W podsumowaniu dyskusji dr Grzejdział podkreślił, że doprowadziła ona w sumie do jednej konkluzji: sprawy należy rozpatrywać *ad casu*, a rezultat jest niewiadomy. Wykładnia językowa rozporządzenia wyłączającego prawdopodobnie nie jest tą, która obowiązuje (według stanowiska G. Materny). Dr Grzejdział wyraził swoją dezaprobatę wobec takiego stanowiska.

Maciej Fornalczyk ponownie podkreślił, że dla kwalifikacji umowy agencyjnej istotne są dwa czynniki: ryzyko i model biznesowy agenta, konieczne ich kwantyfikowanie.

Prof. Tadeusz Skoczny podsumował, że tam, gdzie ekonomiczna analiza rozkładu rodzajów ryzyka wyraźnie i jednoznacznie wskazuje, że zarówno dostawca, jak i agent chcieli, aby pełne ryzyko ponosił dostawca, nie mamy do czynienia z zakazem (takie relacje są poza zakresem prawa konkurencji). Co z sytuacjami, gdy jeden podmiot jest jednocześnie dystrybutorem i agentem? W biznesie konstruuje się umowy „para agencyjne” (w taki sposób nazywane), pod którymi mogą kryć się umowy dystrybucyjne. Praktyki takie mają na celu umożliwienie ustalania cen. Jeśli dostawca jest duży, dzięki takim umowom może poprawiać swoją pozycję rynkową, a nawet dążyć do dominacji. Ostateczna ocena umów zależy od ekonomicznego sensu i celu gospodarczego stron. Jeśli mamy do czynienia ze złożonym stanem faktycznym, to ocena zasadności interwencji organu ochrony konkurencji powinna być dokonywana z uwzględnieniem wykładni pronijnej.

Dr Agata Jurkowska-Gomułka

Samodzielny Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW