

Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w prawie ochrony konkurencji
- III. Aktywna a pasywna sprzedaż towarów przez dystrybutora
 1. Aktywna sprzedaż
 2. Dopuszczalne ograniczenia aktywnej sprzedaży internetowej
 3. Pasywna sprzedaż
- IV. Zasadniczo dopuszczalne ograniczania pasywnej sprzedaży przez Internet
 1. Zasada ekwiwalentności
 2. Standardy jakości sprzedaży jako usprawiedliwienie dla ograniczeń w sprzedaży przez Internet
 3. Obowiązek posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria
 4. Pozostałe, zasadniczo dopuszczalne ograniczenia dotyczące sprzedaży przez Internet
- V. Zasadniczo niedopuszczalne (nieekwiwalentne) ograniczenia sprzedaży pasywnej przez Internet
 1. Całkowity zakaz sprzedaży przez Internet
 2. Przykłady zasadniczo niedopuszczalnych ograniczeń w sprzedaży internetowej
- VI. Ograniczenie w sprzedaży przez Internet – porozumienie co do celu czy skutku?
- VII. Stosowanie zwolnienia *de minimis* do ograniczeń w sprzedaży przez Internet
- VIII. Umowy agencyjne a ograniczenia w sprzedaży przez Internet
- IX. Wnioski

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie: a) kiedy – z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji – wertykalne ograniczenia w sprzedaży przez Internet są dopuszczalne, a kiedy zakazane; oraz b) uporządkowanie pojęć i umieszczenie przedmiotowych ograniczeń wertykalnych w systemie prawa ochrony konkurencji (w szczególności w kontekście metodologii ich analizy).

Słowa kluczowe: sprzedaż przez Internet; aukcje internetowe; umowy dystrybucyjne; ograniczenia wertykalne; sprzedaż aktywna; sprzedaż pasywna; sprzedaż produktów markowych; cel i skutek porozumienia; obiektywne uzasadnienie ograniczeń konkurencji; zwolnienie *de minimis*; umowy agencyjne.

* Doktor nauk ekonomicznych w dziedzinie zarządzania, radca prawny w kancelarii Wardyński i Wspólnicy; e-mail: antoni.bolecki@wardynski.com.pl.

I. Wstęp

Z jednej strony sprzedaż internetowa generuje niewątpliwie prokonkurencyjne i prokonsumentne zjawiska, takie jak zmniejszenie asymetrii w dostępie do informacji, zmniejszenie kosztów transakcyjnych i organizacyjno-administracyjnych, zwiększenie szybkości i efektywności transakcji, szeroka dostępność do rynku¹. Z drugiej zaś – model pełnej swobody w sprzedaży internetowej może prowadzić do sytuacji, w której przy zakupie produktu liczy się przede wszystkim jego cena. Zniechęca to producentów i dystrybutorów do inwestycji w budowanie świadomości klienta co do właściwości zakupionego produktu, obsługę przed- i posprzedażową, wizerunek i renomę produktu, w prestiż marki, lojalność klienta itp.

W podejściu Komisji Europejskiej i krajowych organów ochrony konkurencji przeważają argumenty wskazane w pierwszym zdaniu. W konsekwencji, co do zasady, organy te uznają za antykonkurencyjne ograniczanie przez dostawców możliwości i sposobów wykorzystywania przez dystrybutorów Internetu jako narzędzia sprzedaży. Jednocześnie dopuszczają jednak dość szeroką możliwość wykazania, że w konkretnej sprawie ograniczenia takie są dopuszczalne (obiektywnie uzasadnione) i w konsekwencji nie stanowią porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji lub skutkującego takim ograniczeniem.

W opracowaniach z zakresu prawa ochrony konkurencji pojęcie sprzedaży przez Internet jest przeważnie rozumiane intuicyjnie, bez doprecyzowania istotnych cech tej formy dystrybucji, co czasami może powodować pewną konfuzję. W mojej ocenie sprzedaż internetową warto scharakteryzować – na potrzeby analizy jej ograniczeń z punktu widzenia porozumień wertykalnych – za pomocą jej trzech podstawowych elementów²:

- a) umieszczenia w Internecie przez sprzedawcę (na własnej lub cudzej stronie internetowej) oferty sprzedaży określonego towaru zawierającej w szczególności jego cenę;
- b) możliwości komunikacji ze sprzedawcą oraz możliwości zaakceptowania oferty przez klienta za pośrednictwem Internetu;
- c) wysyłki towaru do miejsca wskazanego przez klienta

Kształtowanie stosunków umownych między dostawcą a dystrybutorem internetowym w sposób, który ingeruje w jeden z ww. trzech elementów, będzie stanowiło ograniczenie w sprzedaży przez Internet. Podkreślimy, że przyjęta charakterystyka dotyczy transakcji B2C, które są właściwym przedmiotem niniejszego artykułu. Omawiane zagadnienia analizuję zatem z punktu widzenia sprzedaży detalicznej, a nie transakcji B2B lub C2C³.

Niniejszy artykuł ma na celu omówienie: a) kiedy – z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji – takie ograniczenia są dopuszczalne, a kiedy zakazane; oraz b) uporządkowanie pojęć

¹ Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Internet a problematyka wspólnotowego prawa konkurencji*, „Studia Europejskie” 2005, nr 2, s. 95.

² Są to cechy sprzedaży internetowej typowe z punktu widzenia klienta (konsumenta). Inne z kolei elementy będą cechować rynki sprzedaży internetowej z punktu widzenia mechanizmów rynkowych istotnych dla przedsiębiorców konkurujących ze sobą w Internecie. W tym kontekście zob. raport sporządzony na zlecenie Office of Fair Trading przez P. Marks, S. Adsheda i B. Williamsona, *Online markets: discussion paper*, lipiec 2010, dostępny na: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/market-studies/onlinemarketsdiscussionpaper. Autorzy ww. raportu wskazują, że rynki sprzedaży internetowej mają następujące cechy charakterystyczne: a) redukują koszty transakcyjne nabywców; b) redukują koszty prowadzenia działalności gospodarczej; c) otwierają możliwości dla rozwoju nowych nisz rynkowych; c) cechują się dużą ekonomią skali; d) stwarzają ryzyko dyskryminacji w dostępie do oferowania usług/sprzedaży za pośrednictwem kluczowych stron internetowych; e) stwarzają ryzyko efektów sieciowych ograniczających rozwój konkurencyjnych stron; f) cechują się niespotykaną dotychczas transparentnością rynku, która z jednej strony jest prokonkurencyjna, ale z drugiej – może ułatwiać zmonopolizowanie.

³ Na szczeblu hurtowym ograniczenia w sprzedaży przez Internet będą występować rzadko z uwagi na uwarunkowania biznesowe (sprzedaż hurtowa następuje przeważnie w oparciu o negocjowane co roku indywidualne warunki handlowe, a nie indywidualne, jednorazowe zamówienia internetowe). Ponadto na szczeblu hurtowym ograniczenia w sprzedaży przez Internet – o ile wystąpią – będą miały mniejszy ciężar gatunkowy, albowiem nie ograniczają oferty dostępnej dla konsumentów w Internecie. Warto także zaznaczyć, że nie spotkałem się z decyzjami antymonopolowymi, które dotyczyłyby wertykalnych ograniczeń w sprzedaży internetowej na szczeblu hurtowym.

i umieszczenie przedmiotowych ograniczeń wertykalnych w systemie prawa ochrony konkurencji (w szczególności w kontekście metodologii ich analizy).

Niniejszy artykuł ma na celu omówienie: a) kiedy – z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji – takie ograniczenia są dopuszczalne, a kiedy zakazane; oraz b) uporządkowanie pojęć i umieszczenie przedmiotowych ograniczeń wertykalnych w systemie prawa ochrony konkurencji (w szczególności w kontekście metodologii ich analizy)⁴.

II. Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w prawie ochrony konkurencji

Zagadnienia dotyczące ograniczeń w sprzedaży przez Internet pozostają w związku z ogólną zasadą zakazującą dostawcy ingerowania w prawo dystrybutora do samodzielnego wyboru, komu zamierza sprzedawać nabyte od niego towary. Polskie Rozporządzenie Wertykalne⁵ co do zasady zakazuje porozumień, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym dystrybutor może sprzedawać towary objęte porozumieniem.

Zasada ta ma na celu przeciwdziałanie sytuacji, w której producent dzieli rynek między swoich dystrybutorów, zapewniając każdemu z nich – na przydzielonym im terenie lub wobec przydzielonej grupy klientów – bezwzględną ochronę przed konkurencyjnymi dystrybutorami.

Niemniej jeśli ani udział dostawcy, ani udział dystrybutora na rynku właściwym⁶ produktów objętych porozumieniem nie przekracza 30%, wówczas Polskie Rozporządzenie Wertykalne dopuszcza wyjątki od powyższej zasady⁷. Dotyczą one prawa dostawcy do:

- a) zakazania dystrybutorowi aktywnej sprzedaży na określonym terytorium lub określonej grupie klientów, jeśli dostawca przydzielił ich na wyłączność dla siebie lub dla innych dystrybutorów; niemniej jeśli takie ograniczenie utrudnia sprzedaż towarów klientom dystrybutora (dystrybutorom niższego szczebla), wówczas nie jest ono dopuszczalne;
- b) ograniczenia swobody dystrybutora co do wyboru lokalu lub terenu/miejsca, w którym zamierza prowadzić działalność; dostawca może zatem wymagać, aby lokal dystrybutora spełniał określone wymogi jakościowe w zakresie np. powierzchni, wyglądu, wystroju wnętrza, funkcjonalności, standardów bezpieczeństwa, prestiżu lokalizacji albo odległości (rozsądnie pojmowanej) od lokalów konkurencyjnych dystrybutorów;

⁴ Całkowicie pomijam natomiast horyzontalne aspekty związane z wykorzystaniem przez konkurentów Internetu i nowych technologii do budowania przewagi konkurencyjnej. Bliżej na ten temat W. Szpringer, *Dwu-(wielo-) stronne modele...*, s. 79–95.

⁵ Zob. par. 11 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 81, poz. 441, dalej: Polskie Rozporządzenie Wertykalne).

⁶ Na temat tego, jak definiować rynek właściwy w przypadku sprzedaży internetowej, zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Internet a problematyka współnotowego prawa konkurencji*, „Studia Europejskie” 2005, nr 2, s. 99–102. W zakresie tej problematyki nie jest możliwe wskazanie krótkich wytycznych, jak definiować taki rynek. Będą one zależeć od okoliczności danej sprawy. Uważam, że ogólnie można jedynie stwierdzić, że sprzedaż internetowa może (ale nie musi) poszerzyć granice danego rynku właściwego (np. z krajowego na unijny) oraz może (ale również nie musi) stanowić nowy rynek w stosunku do sprzedaży tradycyjnej.

⁷ Jeśli udziały rynkowe każdego z nich są niższe niż 30%, porozumienie jest w pełni legalne. Jeśli udział dostawcy lub producenta przekracza 30%, wówczas porozumienie może zostać uznane za antykonkurencyjne (w zależności od okoliczności danej sprawy). Podkreślimy, że przekroczenie progu 30% nie oznacza, że porozumienie staje się automatycznie zakazane. Prezes UOKiK nadal musi udowodnić, że w konkretnych warunkach rynkowych ogranicza ono konkurencję (odmiennie Prezes UOKiK w decyzji z 29 grudnia 2006 nr DOK-164/2006, prawomocnie uchylonej niepublikowanym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 lutego 2010 roku w sprawie VI ACa 61/09). Na ten temat zob. bliżej ww. wyr. SA oraz M. Modzelewska de Raad, *More economic approach to exclusivity agreements: how does it work in practice?*, Case comment to the judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 25 February 2010 – Lesaffre Polska, YARS 2011, 4(5) s. 267 oraz A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, IKAR 2012, 1, s. 27–29. W szczególności jest wątpliwe, żeby porozumienie mogło zostać uznane za niedozwolone, jeśli dotyczy wielu kategorii produktów, a tylko w przypadku części z nich udział producenta lub dystrybutora umiarkowanie przekracza 30%. Ponadto w każdej sytuacji przedsiębiorca może, na podstawie art. 8 Ustawy, zwolnić się z zarzutu naruszenia prawa ochrony konkurencji, jeśli udowodni, że ograniczenie w sprzedaży przez Internet: a) przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego oraz b) zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z ograniczenia korzyści oraz c) ograniczenie nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, oraz d) ograniczenie w pasywnej sprzedaży przez Internet nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

- c) zakazania dystrybutorowi hurtowemu sprzedaży ostatecznym użytkownikom; chodzi tutaj o prawo producenta do zachowania rozróżnienia między hurtowym i detalicznym kanałem dystrybucji;
- d) ograniczenia dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej⁸ prowadzenia sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów (tj. dystrybutorów, których producent nie włączył do swojego systemu dystrybucji); przy czym taki zakaz może dotyczyć tylko tego terytorium, na którym dostawca prowadzi lub na którym postanowił prowadzić sprzedaż za pośrednictwem systemu dystrybucji selektywnej⁹;
- e) ograniczenia prawa dystrybutora do odsprzedaży komponentów dostarczanych przez dostawcę jego konkurentom.

Choć Polskie Rozporządzenie Wertykalne milczy w tej kwestii, należy przyjąć, że z istoty ograniczeń w sprzedaży przez Internet wynika, że dotyczą one przypadków, o których mowa w pkt. a i b powyżej. Ograniczenia te obejmują zatem prawo dostawcy do zakazania dystrybutorowi aktywnej sprzedaży na terytoriach lub do grup klientów przydzielonych innym, wyłącznym dystrybutorom oraz możliwości wymagania, aby punkt sprzedaży (w tym przypadku strona internetowa dystrybutora) spełniał określone wymogi jakościowe.

W konsekwencji uzasadniona jest w mojej ocenie teza, że analiza dopuszczalności ograniczeń w sprzedaży przez Internet winna zostać umieszczona w obszarze dwóch instytucji prawa ochrony konkurencji, tj.:

- a) aktywnej i pasywnej sprzedaży oraz
- b) jakościowych wymogów sprzedaży.

III. Aktywna a pasywna sprzedaż towarów przez dystrybutora

1. Aktywna sprzedaż

Pojęcie aktywnej i pasywnej sprzedaży ma zastosowanie zarówno do sprzedaży tradycyjnej, jak i internetowej (mimo licznych głosów, że w przypadku e-commerce nie ma ono sensu)¹⁰. Przyjmuje się, że ograniczenia sprzedaży aktywnej są zdecydowanie mniej szkodliwe dla konkurencji niż ograniczenia sprzedaży pasywnej i tylko te ostatnie stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji (*hard-core restriction*)¹¹. Sprzedaż przez Internet ma przeważnie

⁸ System dystrybucji selektywnej to system, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym jedynie dystrybutorom wybranym według określonych w tym porozumieniu kryteriów, a dystrybutorzy zobowiązują się nie odsprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie (zob. par. 3 ust. 5 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego). Bliżej na temat dystrybucji selektywnej w prawie ochrony konkurencji zob. np. K. Kohutek, *System dystrybucji selektywnej we wspólnotowym porządku prawa konkurencji*, „Prawo i podatki Unii Europejskiej” 2008, nr 6; jak również K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008.

⁹ Par. 3 ust. 7 Rozporządzenia Wertykalnego definiuje dostawcę jako „przedsiębiorcę, który sprzedaje nabywcy towary objęte porozumieniem wertykalnym”. Definicja ta różni się od definicji zawartej w art. 1 pkt 2a rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych Dz. Urz. UE L z 2010 roku Nr 102 s. 1 (dalej: Rozporządzenie Wertykalne UE). Na gruncie unijnym jako dostawcę rozumie się także przedsiębiorstwa z nim powiązane. Jeśli zatem dostawca organizuje system dystrybucji selektywnej na terenie poszczególnych państw UE, ustanawiając w każdym z nich swoją spółkę zależną odpowiedzialną za lokalne zorganizowanie systemu dystrybucji, to jako terytorium, na którym dostawca prowadzi sprzedaż, należy rozumieć teren całej UE, a nie tylko Polski. W takiej sytuacji bowiem – z uwagi na wpływ na rynek wewnętrzny – zastosowanie będzie miało Rozporządzenie Wertykalne UE.

¹⁰ Podział ten pochodzi z poprzednio obowiązujących Wytycznych Wertykalnych Komisji z 2000 roku. Jego zastosowanie do e-commerce budzi liczne wątpliwości. Komisja była ich świadoma, na co dowodem jest jeden z punktów ankiety konsultacyjnej do projektu Wytycznych Wertykalnych z 2010 roku, zawierający pytanie czy ww. podział jest w ogóle użyteczny w kontekście Internetu, a jeśli nie, czym można go zastąpić? Ostateczna wersja Wytycznych dowodzi, że – mimo licznych głosów krytycznych – Komisja nadal uznaje taki podział za użyteczny, co jest z pewnością poglądem kontrowersyjnym. Materiały z konsultacji dostępne na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html. Odpowiedzi na pytania ankietowe zawarte są tylko w części przedstawionych stanowisk; np. w: http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/lvmh_contribution.pdf.

¹¹ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6th Edition, Oxford 2008, s. 439.

charakter sprzedaży pasywnej¹². Natomiast jeśli sprzedaż internetowa łączy się z dodatkowymi, aktywnymi staraniami sprzedawcy o pozyskanie klientów, wówczas jest traktowana jako sprzedaż aktywna¹³.

Jako sprzedaż aktywną rozumie się aktywne działania sprzedawcy podejmowane w celu zwiększenia sprzedaży lub pozyskania nowych klientów, polegające w szczególności na prowadzeniu działań reklamowych lub promocyjnych, tworzeniu oddziałów lub organizowaniu centrów dystrybucji na określonym terytorium¹⁴. Chodzi tutaj o aktywne działania, które są kierowane do konkretnych klientów, takie jak wysyłanie bezpośrednich listów i materiałów reklamowych, wiadomości e-mail, wizyt przedstawicieli handlowych, inicjowanie rozmów telefonicznych, oferowanie promocji specjalnie kierowanych do danej grupy klientów itp.¹⁵.

W przypadku sprzedaży przez Internet sprzedaż aktywna to podejmowanie działań promocyjnych mających w szczególności następujący charakter: 1) reklamy kierowane do klientów posiadających adres IP przypisany do określonego terytorium (np. miasta, województwa); 2) pozycjonowanie własnej strony internetowej, np. w wyszukiwarkach i jej kierowanie do klientów znajdujących się na określonym terenie¹⁶; 3) wysyłanie wiadomości e-mail kierowanych pod wyselekcjonowane adresy określonej grupy klientów, np. pracowników instytucji finansowych, samorządowych, administracji publicznej, prawników, księgowych itp.; 4) wszelka komunikacja za pośrednictwem Internetu, która nakierowana jest na określone, wyselekcjonowane przez dystrybutora terytorium lub specyficzną grupę klientów.

Dodajmy, że oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej samo w sobie nie stanowi formy aktywnej sprzedaży¹⁷.

2. Dopuszczalne ograniczenia aktywnej sprzedaży internetowej

Zgodnie z ogólną zasadą ograniczenie aktywnej sprzedaży – internetowej i stacjonarnej – nie jest dopuszczalne. W drodze wyjątku KE i polski ustawodawca dopuszczają takie ograniczenia, jeśli aktywna sprzedaż może naruszać wyłączność terytorialną innych dystrybutorów (o ile taka wyłączność została ustanowiona i o ile udziały rynkowe dostawcy i poszczególnych dystrybutorów nie przekraczają 30%).

Ograniczenie w wykorzystaniu Internetu do sprzedaży aktywnej jest zatem dozwolone w drodze wyjątku, o ile promocja w Internecie lub jego wykorzystywanie prowadziłyby do sprzedaży aktywnej na terytoriach lub na rzecz grup klientów zarezerwowanych dla innych wyłącznych dystrybutorów. Jeśli zatem system dystrybucji nie opiera się na dilerach, którym przysługuje wyłączność na określonych terytoriach, wówczas co do zasady dostawca nie może korzystać z argumentu, iż ograniczenia w sprzedaży przez Internet mają charakter dozwolonego ograniczenia aktywnej sprzedaży. Sytuacja taka nastąpi w szczególności w przypadku systemu dystrybucji selektywnej,

¹² Pkt 52 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

¹³ Zob. pkt 20 wyr. Trybunału z 13 października 2011 r. w sprawie C439/09 (Pierre Fabre; dotychczas publikowany tylko na stronie www.curia.eu), w którym wskazano, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet odpowiada zarówno zakazowi sprzedaży aktywnej, jak i pasywnej.

¹⁴ Zob. par. 3 pkt 15 Rozporządzenia Wertykalnego oraz par. 2 pkt 25 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 198, poz. 1315) (dalej: Rozporządzenie Samochodowe).

¹⁵ Pkt 51 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

¹⁶ Pkt 53 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

¹⁷ Pkt 52 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

albowiem zasadniczo nie powinien być on łączony z dystrybucją opartą na wyłącznych dystrybutorach ustanowionych na określonych terenach¹⁸.

Regułą, że można zakazać dystrybutorowi aktywnej (także internetowej) sprzedaży w tych sytuacjach, kiedy aktywna sprzedaż narusza wyłączność innych dystrybutorów na przydzielonych im terytoriach (lub wobec przydzielonych im grup klientów), jest obwarowana dodatkowym wymogiem. Otóż jeśli zakaz aktywnej sprzedaży na cudzych terytoriach utrudnia dystrybutorowi (w praktyce detalicznemu) sprzedaż towarów objętych porozumieniem, wówczas zakaz taki nie jest dopuszczalny¹⁹. Orzecznictwo unijne nie wyjaśnia, jak rozumieć niedookreśloną przesłankę „utrudnienia sprzedaży towarów objętych porozumieniem”. W mojej ocenie przywołane rozwiązanie jest przykładem błędnej techniki legislacyjnej, wykorzystującej piętrowy system klauzul generalnych, w efekcie czego cytowane sformułowanie jest pozbawione rzeczywistej treści. Można jedynie domyślać się, że chodzi o takie rynki właściwe, na których gros sprzedaży realizowane jest dzięki sprzedaży aktywnej, a tereny/grupy klientów przyznane na wyłączność poszczególnym dystrybutorom są bardzo wąskie. Trudno sobie wyobrazić, aby omawiana przesłanka miała w praktyce zastosowanie do sprzedaży internetowej.

Co ważne, Wytyczne Wertykalne KE 2010 dopuszczają stosowanie przez dostawców także innych specyficznych rozwiązań, które wprost nie stanowią ograniczenia aktywnej sprzedaży, niemniej pośrednio mogą prowadzić do takiego skutku. Z uwagi na to, że częściej skutek taki może dotyczyć ograniczenia sprzedaży pasywnej, takie sytuacje omawiam w punkcie III.

Przypomnijmy, że oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej samo w sobie nie stanowi formy aktywnej sprzedaży. Jeśli zatem dystrybutor ustanowiony na wyłączność w Polsce umożliwi składanie zamówień na jego stronie internetowej, np. po czesku i niemiecku, to nie można traktować tego działania jako naruszenia wyłączności przyznanej dystrybutorom w Niemczech i Austrii.

3. Pasywna sprzedaż

Sprzedaż pasywna to sprzedaż w odpowiedzi na żądanie ze strony indywidualnych klientów. Jako element wspierający sprzedaż pasywną rozumie się powszechną, ogólną reklamę (tzn. nienakierowaną na wybrane terytoria lub grupy klientów), która siłą rzeczy dociera do różnych grup klientów, także tych znajdujących się na terytoriach przydzielonych innym, wyłącznym dystrybutorom – np. reklama w ogólnopolskiej telewizji lub rozgłośni radiowej²⁰. Jeśli zatem reklama w Internecie jest kierowana do wszystkich osób odwiedzających stronę internetową, to zaliczana jest ona do formy pasywnej sprzedaży, jeśli natomiast ta sama reklama kierowana jest tylko do osób z numerem IP z terenu Warszawy, wówczas ma charakter wspierający aktywną sprzedaż.

Jeżeli klient odwiedza stronę internetową dystrybutora w wyniku własnych starań i dokonuje za jej pośrednictwem zakupu, wówczas jest to uważane za sprzedaż pasywną. Tak samo jest w przypadku, gdy klient – w wyniku własnych działań – zgadza się na otrzymywanie przekazywanych automatycznie informacji od dystrybutora i taka zgoda prowadzi do sprzedaży²¹. Własne

¹⁸ Łączenie systemu dystrybucji selektywnej z systemem dystrybucji wyłącznej jest dość skomplikowaną kwestią prawną wychodzącą poza ramy niniejszego artykułu. Bliżej na ten temat zob. pkt 57 i 152 Wytycznych Wertykalnych KE 2010; art. 4 pkt c Rozporządzenia Wertykalnego UE oraz par. 11 ust. 3 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego.

¹⁹ Zob. art. 4 pkt b (i) Rozporządzenia Wertykalnego UE oraz par. 11 ust. 2 b *in fine* Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego.

²⁰ Zob. np. par. 2 pkt 26 Rozporządzenia Samochodowego oraz pkt 51 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

²¹ Pkt 52 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

działania klienta to przeważnie korzystanie z wyszukiwarek internetowych, specjalistycznych forów, serwisów społecznościowych, wysyłanie zapytań o cenę itp.

Natomiast jeśli dystrybutor ze swojej inicjatywy wysłał do klienta wiadomość e-mail z ofertą kupna, jest to sprzedaż aktywna, podobnie jeśli sprzedaż jest wynikiem akcji reklamowej skierowanej na określone grupy klientów lub na określone terytoria (np. na teren Warszawy albo internetowa akcja reklamowa kierowana do użytkowników serwerów gov.pl, albo też pozycjonowanie sklepu dystrybutora w wyszukiwarce względem klientów z adresem IP z terenu przynależnego do innego dystrybutora).

IV. Zasadniczo dopuszczalne ograniczenia pasywnej sprzedaży przez Internet (mogą występować także przy sprzedaży aktywnej)

1. Zasada ekwiwalentności

Ograniczenia w sprzedaży omówione w tym punkcie w praktyce dotyczą sprzedaży pasywnej. Ich zastosowanie jest także dozwolone przy sprzedaży aktywnej, aczkolwiek z uwagi na specyfikę tej formy sprzedaży rzadko kiedy będą one tylko z nią łączone. Przeważnie będą one występować jako ograniczenia sprzedaży pasywnej albo jednocześnie zarówno sprzedaży pasywnej, jak i aktywnej.

Ogólna zasada stanowi, że nie jest dopuszczalne ograniczenie detalicznej sprzedaży pasywnej²². Nie można zatem zakazać dystrybutorowi przyjmowania zamówień napływających od klientów, którzy własnymi staraniami dotarli do sklepu internetowego dystrybutora (bez zachęt z jego strony). Od tej zasady istnieją jednak specyficzne wyjątki.

W punktach 2–4 poniżej omówię takie rozwiązania stosowane przez dostawców, które są dozwolone, mimo że pośrednio mogą prowadzić do ograniczenia sprzedaży pasywnej (rzadziej aktywnej).

Ujmując zagadnienie systemowo, uważam, że można przyjąć, iż ograniczenia, które są dozwolone, to takie, które pozostają w zgodzie z zasadą ekwiwalentności. Zakazane są natomiast te ograniczenia, które stanowią przekroczenie tej zasady.

W pkt. 56 Wytycznych Wertykalnych 2010 wskazano, że: „Komisja uważa za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wszelkie zobowiązania odwołujące wyznaczonych dealerów od wykorzystywania Internetu w celu dotarcia do większej liczby klientów oraz innych grup klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym. Nie oznacza to, że kryteria dotyczące sprzedaży przez Internet muszą być identyczne jak kryteria dla sprzedaży poza Internetem. Powinny one raczej dotyczyć tych samych celów i zapewniać porównywalne wyniki, a różnica między tymi kryteriami musi być uzasadniona różnym charakterem tych dwóch metod dystrybucji”.

W mojej ocenie powyższy wymóg należy rozumieć w ten sposób, że wszelkie ograniczenia w sprzedaży przez Internet powinny być obiektywnie uzasadnione. Test, który stosuje Komisja, to porównanie sprzedaży określonej grupy produktów on-line ze sprzedażą tych samych lub

²² W przypadku sprzedaży hurtowej takie ograniczenie jest dopuszczalne w systemie dystrybucji selektywnej. Oznacza to, że można zakazać autoryzowanemu dystrybutorowi wszelkiej sprzedaży hurtowej realizowanej do nieautoryzowanych dystrybutorów (tj. niedopuszczonych do systemu dystrybucji selektywnej). Zob. także przypisy 7–8 do niniejszego artykułu.

substytucyjnych produktów off-line. Jeśli okaże się, że sprzedaż przez Internet zawiera ograniczenie, które nie jest wymagane w sprzedaży off-line tych produktów i których nie da się wytłumaczyć inaczej niż chęcią sztucznego utrudnienia sprzedaży internetowej, wówczas ograniczenie takie zostanie uznane za nieekwiwalentne i nieproporcjonalne, a w konsekwencji zakazane. Przykładowo wymóg, aby dystrybutor odpowiadał na zapytania klientów internetowych także w niedziele, podczas gdy jego sklepy stacjonarne są w tym dniu zamknięte nie będzie ekwiwalentny. Inny przykład to wymóg, aby reklamacja klienta internetowego była rozpoznana w terminie 7 dni, bez wprowadzenia takiego samego wymogu w sprzedaży stacjonarnej (co oznacza, że obowiązuje ustawowy termin 14 dni kalendarzowych²³).

Zgadzam się z K. Kohutkiem, że kryterium ekwiwalentności może być przedmiotem licznych sporów z uwagi na odmienny charakter dystrybucji on-line i off-line²⁴. Nie podzielam jednak poglądu autora, który interpretuje omawianą zasadę jako nakaz równoważnego traktowania przez dostawców dystrybucji on-line i off-line. W istocie, w mojej ocenie, zasada ta działa w jedną stronę, tj. dostawca nie powinien dyskryminować sprzedaży on-line (chyba że jest to obiektywnie uzasadnione, zob. pkt 5 poniżej), ale w świetle Wytycznych Wertykalnych Komisji ma prawo do faworyzowania tego kanału dystrybucji.

Uważam, że wspomniana zasada ekwiwalentności może służyć jako linia demarkacyjna między dozwolonymi i zakazanymi ograniczeniami w sprzedaży przez Internet. Chodzi o odróżnienie ograniczeń, które są usprawiedliwione, albowiem mają na celu osiągnięcie pozytywnych z punktu widzenia zasad konkurencji celów w sprzedaży internetowej (polepszenie jej jakości, zapewnienie efektywności sieci dystrybucji, rozwijanie nisz rynkowych itp.), od ograniczeń, których głównym celem lub skutkiem jest istotne ograniczenie sprzedaży przez Internet i związanej z nią presji cenowej oraz możliwości wyboru.

2. Standardy jakości sprzedaży jako usprawiedliwienie dla ograniczeń w sprzedaży przez Internet

Standardy jakości sprzedaży mają przede wszystkim znaczenie dla produktów renomowanych (markowych). Sprzedaż takich produktów przeważnie następuje w systemie dystrybucji selektywnej, rzadziej w otwartym systemie dystrybucji²⁵.

Jednym ze sposobów na ochronę spójności modelu dystrybucji jest wprowadzenie określonych wymogów jakości sprzedaży, w tym przez Internet. Komisja Europejska akceptuje sytuację, w której wysokie wymogi co do szeroko pojętej jakości sprzedaży powodują choćby pośrednie ograniczenie prawa dystrybutora do sprzedaży przez Internet. Przy czym nie chodzi tutaj o całkowite wykluczenie możliwości sprzedaży przez Internet, ale o jej rozsądne ograniczenie w pośredni lub bezpośredni sposób. Pamiętajmy, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet będzie prawie zawsze zakazany z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji²⁶. Argumenty przedsiębiorców

²³ Zob. art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego.

²⁴ K. Kohutek, *Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, „Przegląd Prawa Handlowego”, listopad 2011, s. 40.

²⁵ Przykładem może być dystrybucja samochodów, która najczęściej opiera się o selektywny system dystrybucji – zob. P. Szot, A. Zięba, *Umowy dystrybucyjne w przemyśle samochodowym w nowym systemie wyłączeń grupowych*, IKAR 2012, 3(1), s. 55. Zob. także K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna...*, op. cit.

²⁶ Z wyjątkiem produktów niebezpiecznych – zob. pkt 3.4.3. poniżej – oraz w przypadku odrębnych regulacji prawnych. W Polsce taką regulacją jest np. ustawa z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. 2009, Nr 201, poz. 1540) zakazująca sprzedaży gier hazardowych (oprócz zakładów wzajemnych) przez Internet. Może zdarzyć się tak, że krajowe przepisy zakazują sprzedaży przez Internet w sposób niezgodny z prawem unijnym (np. promując antykonkurencyjne rozwiązania). W takiej sytuacji orzecznictwo unijne przyjmuje, że przedsiębiorcy, stosując się do takiego zakazu, nie

twierdzących, że w przypadku towarów, które konsument powinien osobiście zweryfikować, obejrzeć, dotknąć (np. perfumy, sprzęt hi-fi²⁷), sprzedaż przez Internet powinna być całkowicie zakazana, nie mają raczej obecnie szans powodzenia przed europejskimi organami ochrony konkurencji²⁸.

W konsekwencji dostawca nie może całkowicie zakazać dystrybutorowi sprzedaży przez Internet (poza śladowymi wyjątkami²⁹). Może natomiast wymagać od dystrybutora, aby jego strona internetowa spełniała określone wymagania jakościowe – tak samo, jak może wymagać, aby lokal dystrybutora, w którym prowadzona jest sprzedaż spełniał określone standardy jakościowe. Takie wymogi mogą dotyczyć wyglądu strony, jej funkcjonalności, poziomu bezpieczeństwa, stosowanej grafiki, opcji wyszukiwania i sortowania produktów, prezentacji produktów (np. ujęcie 360° w wysokiej rozdzielczości), szybkości ładowania się treści, podania na stronie internetowej określonych informacji, np. o dostępności towaru w czasie rzeczywistym, zapewnienia określonych form płatności czy komunikacji z klientem. Osobnym zagadnieniem – zbyt szerokim na ramy niniejszego artykułu – jest prawo dostawcy do zakazania dystrybutorowi wykorzystania w Internecie w określony sposób jego znaków towarowych³⁰.

Ograniczenia w sprzedaży za pośrednictwem portali aukcyjnych

Istotnym problemem praktycznym jest możliwość ograniczenia prawa dystrybutora do sprzedaży produktów za pośrednictwem aukcji internetowych typu allegro lub eBay. W znanej mi literaturze brak jest jasnego sprecyzowania, czy zakaz taki jest dopuszczalny, a jeśli tak, to pod jakimi warunkami³¹. Jak wykażę poniżej, w mojej ocenie powinien on zostać uznany za dopuszczalny w odniesieniu do dóbr markowych (tzn. takich, w przypadku których producent ponosi znacznie wyższe od przeciętnych nakłady na budowę ich wizerunku i marki).

Z drugiej strony nie budzi wątpliwości pogląd, że sprzedaż produktów renomowanych w sposób nieliczący z renomą marki osłabia ją, czyniąc jednocześnie dany produkt pospolitym i zniechęcając do jego zakupu konsumentów szukających aury luksusu³². Podobnie producenci produktów markowych podkreślają, że sprzedaż za pośrednictwem aukcji internetowych pozostawia wiele do życzenia. Przykładowo w przypadku odzieży wyraża się to w tym, że obok siebie występują produkty z nowych i już nieaktualnych kolekcji, produkty z wystaw sklepowych, produkty używane, produkty pochodzące z handlu równoległego spoza UE, produkty z serii kolekcjonerskich i wreszcie produkty podrobione. Jakość zdjęć i opisów często nie jest profesjonalna. Dodatkowo wygląd i funkcjonalność aukcji, na której sprzedawany jest towar, determinowane są zasadami narzucanymi przez platformę aukcyjną, które są jednolite dla wszystkich sprzedawców i wszyst-

posiadają autonomii gospodarczej, wobec czego nie mogą ograniczyć konkurencji, która i tak już nie istnieje. W konsekwencji działania takie w ogóle nie mogą być sankcjonowane przez władze antymonopolowe. Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer International 2010, s. 52–53 oraz powołane tam orzecznictwo.

²⁷ Odnosnie do sprzętu hi-fi, to rynek markowego sprzętu audio w kontekście całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet był badany przez francuski organ antymonopolowy, który w 2006 roku zaakceptował zobowiązania firm Bose, Focal JM Lab oraz Triangle Industries do zmiany klauzuli zakazującej całkowitej sprzedaży przez Internet. Wyjątkiem była firma Bang & Olufsen, która twierdziła, że zakaz ten jest w jej przypadku usprawiedliwiony i odmówiła jego zmiany. W konsekwencji decyzją 12-D-23 z 12 grudnia 2012 została zobowiązana do zmiany praktyki i zapłacenia kary 900 000 Euro; zob. <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=350ba01d-c5ea-4de6-a404-4a37b9731cd1>.

²⁸ Zob. M. Dolmans, A. Leyden, *Internet & Antitrust: An overview of EU and national case law*, „e-Competitions” 2012., nr 45647, s. 4.

²⁹ O których mowa w przypisie 26 oraz w pkt. V.1. niniejszego artykułu.

³⁰ Na ten temat zob. np. P. Podrecki (red.), *Prawo Internetu*, rozdział XI Naruszenie oznaczeń odróżniających w Internecie, Warszawa 2007 (książka publikowana także w Lex Polonica).

³¹ Temat ten porusza np. M. Rothermel, *Prohibition of online distribution in distribution systems*, January 2010, dostępne na: http://www.theworldlawgroup.com/files/file/docs/GERMANY_TW_Internetvertrieb.pdf oraz R. Wiring, *Selective distribution: can a manufacturer prohibit the sale of its goods on eBay?*, dostępne na: www.internationallawoffice.com. Niemniej obydwaj autorzy nie dochodzą do konkretnych wniosków w tym zakresie.

³² Na temat implikacji takiego stanu rzeczy na gruncie prawa ochrony konkurencji zob. T. Buettner, A. Coscelli, T. Vergé i R. A Winter, *An Economic Analysis of the Use of Selective Distribution By Luxury Goods Suppliers*, „European Competition Journal”, April 2009, s. 201–226.

kich kategorii produktów. Pojawia się pogląd, że platformy aukcyjne przypominają współczesny bazar, tj. miejsce, które nie licuje ze sprzedażą markowych produktów. Oferują one wprawdzie niską cenę, ale masowa sprzedaż towarów markowych za ich pośrednictwem może oznaczać, że wysokie koszty producenta poniesione na marketing zostaną utracone³³.

Są to w mojej ocenie silne argumenty, które uzasadniają dopuszczalność zakazu sprzedaży produktów markowych na aukcjach internetowych typu allegro czy eBay, i to bez względu na udział rynkowy producenta. Podmiot, który organizuje sieć dystrybucji, powinien mieć swobodę decyzji, czy chce sprzedawać produkty markowe w ten sposób czy nie.

W takim duchu wypowiedziały się sądy niemieckie, które uznały, że producent markowych produktów ma prawo zakazać swoim dystrybutorom sprzedaży jego produktów za pośrednictwem platform aukcyjnych typu eBay³⁴. Podstawą takiego zakazu może być konieczność spełnienia wymogów jakościowych związanych ze sprzedażą produktów markowych, których wspomniane platformy nie zapewniają³⁵. Pomocniczo można odwołać się także do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Copad*, w którym Trybunał wskazał, iż „właściciel znaku towarowego może powoływać się na prawa do tego znaku [...] zakazujące, z powodów dotyczących prestiżu znaku, sprzedaży dyskontom towarów [...], pod warunkiem że zostanie wykazane, iż naruszenie to, z uwagi na okoliczności właściwe danej sprawie, negatywnie wpływa na prezencję i wizerunek prestiżu, nadające tym towarom aurę luksusu”³⁶.

W omawianej kwestii stanowisko zajęła również Komisja Europejska, która zresztą pierwotnie w projekcie Wytycznych Wertykalnych 2010 w ogóle nie poruszała kwestii dopuszczalności ograniczenia sprzedaży za pośrednictwem aukcji internetowych. Jak się wydaje, dopiero w wyniku konsultacji społecznych³⁷ Komisja dodała fragment dotyczący tego zagadnienia, o następującym brzmieniu:

„Dostawca może zażądać od dystrybutorów, aby wykorzystywali platformy osób trzecich do dystrybucji produktów objętych porozumieniem jedynie zgodnie ze standardami i warunkami uzgodnionymi przez dostawcę i jego dystrybutorów w związku z wykorzystywaniem Internetu przez dystrybutorów. Jeżeli na przykład platforma osoby trzeciej zapewnia hosting strony internetowej dystrybutora, dostawca może wymagać, aby klienci nie wchodzili na stronę internetową dystrybutora poprzez stronę zawierającą nazwę lub logo platformy osoby trzeciej”³⁸.

Powyższe stanowisko należy w mojej ocenie traktować jako zaakceptowanie dopuszczalności omawianego ograniczenia. Czy oznacza to jednak, że ww. stanowisko Komisji można interpretować w ten sposób, że dopuszczalny jest również zakaz sprzedaży za pośrednictwem aukcji internetowych towarów niemarkowych, w sytuacji kiedy organizator systemu dystrybucji nie wprowadza

³³ Tego typu argumenty pojawiały się w trakcie konsultacji społecznych prowadzonych przez Komisję Europejską w związku z projektem Wytycznych Wertykalnych KE 2010, zob. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html.

³⁴ Wyr. z 2 lipca 2009 roku (wyr. SO w Monachium – Wydział ds. kartelowych – OLG MuenchenKartellsenat) oraz wyr. z 25 listopada 2009 roku (wyr. SO w Karlsruhe – wydział ds. kartelowych – OLG Karlsruhe Kartellsenat).

³⁵ O analogicznym podejściu wspomina raport przygotowany przez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton; Internet sales of luxury products; white paper submitted to the European Commissioner for Competition; 22 września 2008; s. 23, gdzie autorzy odwołują się do decyzji francuskiego organu antymonopolowego z 8 marca 2007, dostępne na: http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/vmh_contribution.pdf.

³⁶ Zob. pkt 37 wyroku Trybunału z 23 kwietnia 2009 w sprawie *Copad* - C-59/08.

³⁷ Zob. informację pt.: *European Commission considers new clarification on online distribution restrictions*, „Brussels Monitor”, 12 lutego 2010; oraz opinie w ramach konsultacji społecznych KE wyrażane m.in. przez Estee Lauder Companies, White Paper...; Association Française des EntreprisesPrivées, Draft EC...; Bundesverband der DeutschenIndustrie.V., Position Paper...; European Distribution Lawyers, Statement pursuant...; Federation of the Swiss Watch Industry, Review of...; Markenverbände.V., Comments of...; Centrum für Europäische Politik, Block exemption... dostępne na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html.

³⁸ Pkt 54 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

istotnych wymogów jakościowych dotyczących sprzedaży? Byłby to w mojej ocenie pogląd zbyt daleko idący. W takiej sytuacji należałoby w szczególności zbadać, jaki procent sprzedaży danego produktu następuje za pośrednictwem aukcji internetowych i jaka jest pozycja rynkowa dostawcy. Im wskaźniki te będą wyższe, tym mniej prawdopodobne, że zakaz taki będzie dopuszczalny. Jeśli bowiem znaczna część danego towaru sprzedaje się za pośrednictwem aukcji internetowych, to zamknięcie tego kanału dystrybucji oznacza *de facto* obiektywnie nieuzasadnione, istotne ograniczenie sprzedaży w Internecie. Dodatkowo, jeśli taki wymóg narzuca silny dostawca, wówczas istnieje większe ryzyko, że zarówno dystrybutorzy, jak i jego konkurenci będą za nim podążać.

3. Obowiązek posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria

Dostawca może zobowiązać dystrybutora do posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria³⁹. Taki obowiązek może być wprowadzony zarówno w ramach sieci dystrybucji selektywnej, jak i w otwartym systemie dystrybucji. Dostawca może uwarunkować przystąpienie dystrybutorów do sieci jego dystrybucji posiadaniem przynajmniej jednego lokalu handlowego spełniającego określone kryteria jakościowe. Oznacza to, że może on nie dopuścić do sytuacji, w której dystrybutor prowadzi sprzedaż tylko za pośrednictwem Internetu⁴⁰.

Taki wymóg ogranicza podstawową zaletę Internetu, a mianowicie niższe koszty niż w sprzedaży tradycyjnej, dzięki którym można obniżyć ceny detaliczne. Jeśli obowiązek posiadania (ekskluzywnego) lokalu potraktowany byłby zbyt rygorystycznie, tzn. wiązałyby się z bardzo istotnymi nakładami dystrybutora, to *de facto* mógłby oznaczać zastopowanie sprzedaży internetowej. Dystrybutor nie byłby bowiem w stanie zaoferować istotnie niższych cen sprzedaży w Internecie, co z kolei zniechęcałoby konsumentów do korzystania z tego kanału. Dlatego omawiany wymóg powinien podlegać ocenie z punktu widzenia zasady proporcjonalności, aczkolwiek ani Komisja, ani orzecznictwo nie wypracowały tutaj konkretnych wskazówek.

Z obowiązkiem posiadania fizycznego punktu sprzedaży łączy się dopuszczalny nakaz, aby dystrybutor sprzedawał przynajmniej pewną bezwzględną ilość – wyrażoną wartościowo lub ilościowo – produktów poza Internetem. Nakaz taki jest usprawiedliwiony koniecznością zapewnienia efektywnego funkcjonowania lokalu handlowego (fizycznego punktu sprzedaży) dystrybutora⁴¹. Co jednak istotne, bezwzględna ilość odsprzedaży poza Internetem nie powinna być nadmierna lub nieekwiwalentna. Tzn. niedopuszczalny byłby ww. nakaz, jeśli jego faktycznym celem byłoby istotne ograniczenie sprzedaży internetowej na rzecz sprzedaży stacjonarnej. Istnieje ryzyko, że takie zjawisko nastąpi w związku z nadmiernym zobowiązaniem do sprzedaży w tradycyjny sposób i związaną z tym koniecznością ograniczenia sprzedaży internetowej właśnie celem maksymalizacji sprzedaży w tej pierwszej formie.

W kontekście ww. dopuszczalnego zobowiązania uzasadnione w mojej ocenie jest również zobowiązanie dystrybutora do utrzymywania w stacjonarnym punkcie sprzedaży określonej ilości towaru względem jego oferty umieszczonej na stronie internetowej. Taka ilość również nie powinna być nadmierna, co jest oceniane z punktu widzenia zasady ekwiwalentności (proporcjonalności)

³⁹ Pod warunkiem, że udział żadnej ze stron nie przekracza 30%. Przekroczenie tego progu oznacza, że przedsiębiorca nie ma pewności prawnej, czy takie ograniczenie nie zostanie skutecznie zakwestionowane przez organ antymonopolowy. Wówczas każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie, podczas gdy udziały rynkowe każdej ze stron poniżej 30% dają pewność prawną co do dopuszczalności takiego obowiązku.

⁴⁰ Pkt 54 Wytycznych.

⁴¹ Komisja dopuszcza go w punkcie 52 c) Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

i obiektywnego uzasadnienia. Takie zobowiązanie jest w analogiczny sposób usprawiedliwione koniecznością zapewnienia efektywnego funkcjonowania fizycznego punktu sprzedaży dystrybutora.

4. Pozostałe, zasadniczo dopuszczalne ograniczenia dotyczące sprzedaży przez Internet

W Wytycznych Wertykalnych 2010 Komisja podaje kolejne przypadki dopuszczalnych ograniczeń w sprzedaży przez Internet:

- 1) dostawca jest uprawniony do wyznaczenia określonych (realistycznych) terminów dostaw przy sprzedaży przez Internet; w praktyce może to oznaczać konieczność utrzymywania zwiększonych stanów magazynowych przez dystrybutora (i tym samym zwiększać jego koszty), zmniejszając opłacalność sprzedaży internetowej i motywację do promowania i eksploataowania tego kanału dystrybucji; dlatego też terminy te nie powinny być nadmiernie krótkie⁴²;
- 2) dostawca ma swobodę w określeniu zasad swojego wsparcia związanego ze sprzedażą przez Internet mającego na celu pokrycie kosztów dystrybutora związanych ze zwrotem produktów⁴³; dostawca nie ma zatem obowiązku partycypować w ww. kosztach; dodajmy, że koszty te mogą być znaczne, w szczególności z uwagi na to, że *de facto* konsument ma prawo do odesłania zamówionego towaru na koszt dostawcy w terminie 24 dni od jego otrzymania⁴⁴; ponadto w dwóch nieprawomocnych decyzjach z grudnia 2012 roku Prezes UOKiK przyjął – w mojej ocenie – zbyt rygorystyczną interpretację, która *de facto* oznacza prawo konsumenta do zwrotu produktów używanych i bez oryginalnego opakowania (na koszt sprzedawcy, w ww. terminie)⁴⁵;
- 3) analogicznie do powyższego dostawca ma swobodę w określeniu zasad swojego wsparcia związanego ze stosowaniem bezpiecznych systemów płatności⁴⁶;
- 4) dostawca działający w systemie dystrybucji selektywnej może określić dystrybutorom maksymalną ilość towaru, którą mogą oni sprzedać nabywcy indywidualnemu (konsumentowi)⁴⁷; chodzi o wyeliminowanie ryzyka polegającego na podszywaniu się pod nabywców indywidualnych przez dystrybutorów niedopuszczonych do systemu dystrybucji selektywnej i skupowaniu przez nich towaru w celu jego dalszej odsprzedaży.

Jako kolejne przykłady pośrednich ograniczeń w sprzedaży przez Internet, które wprawdzie zostały uznane przez francuski organ antymonopolowy w decyzji z 8 marca 2007 r.⁴⁸ za niedozwolone, ale w mojej ocenie są (poza ostatnim z nich) ekwiwalentne i obiektywnie uzasadnione, można wskazać:

- a. nakaz wykorzystywania kamer internetowych w trakcie kontaktu z klientem;
- b. nakaz oferowania klientom interaktywnych porad w czasie rzeczywistym;
- c. nakaz tworzenia dedykowanych stron internetowych dla poszczególnych linii produktów;
- d. nakaz udzielania odpowiedzi na e-maile klientów w ciągu dwóch godzin, także poza godzinami pracy fizycznych punktów sprzedaży.

⁴² Zob. pkt 56 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

⁴³ Zob. pkt 56 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

⁴⁴ Konsument ma 10 dni od otrzymania towaru na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz kolejne 14 dni na odesłanie towaru na koszt dostawcy. Zob. decyzje przywołane w kolejnym przypisie.

⁴⁵ Decyzja Prezesa UOKiK Nr RBG-32/2012 z 11 grudnia 2012 r. w sprawie Matras oraz decyzja Nr RLU-35/2012 z 24 grudnia 2012 r. w sprawie Morele.net.

⁴⁶ Zob. pkt 56 Wytycznych.

⁴⁷ Zob. pkt 56 Wytycznych.

⁴⁸ Cytowane za A. Kmiecik, *Managing Competition Law Risks On and Offline*, prezentacja kancelarii Van Bael & Bellis z 6 października 2009, dostępna na: <http://www.vanbaelbellis.com/en/fiches/publications/articles/?Area=162>.

Moim zdaniem wszystkie z ww. wymogów, z wyjątkiem ostatniego – w zakresie, w jakim odpowiedź ma być udzielona poza ogólnie przyjętymi w danej branży godzinami pracy – będą w większości przypadków co do zasady obiektywnie uzasadnione i jako takie dopuszczalne. Nie sądzę, aby miały one na celu odwołanie dystrybutorów od sprzedaży przez Internet. Obecnie postrzegalbym je raczej jako odpowiedź na rosnącą presję konkurencyjną, która wymusza podniesienie jakości usług i zaoferowania wyróżniającej się usługi okołosprzedażowej. Poza tym wymogi z punktów a–c mają swój odpowiednik w sprzedaży tradycyjnej (osobisty kontakt z klientem, odrębne strefy/półki w sklepie z produktami, które mają być wyróżnione).

V. Zasadniczo niedopuszczalne (nieekwiwalentne) ograniczenia sprzedaży pasywnej przez Internet

1. Całkowity zakaz sprzedaży przez Internet

Zagadnienie całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet rozpatrywane było w wyroku Trybunału z 13 października 2011 r. w sprawie *Pierre Fabre*. Spółka Pierre Fabre wprowadziła w swoich umowach dystrybucyjnych wymóg, aby sprzedaż odbywała się tylko w fizycznych punktach sprzedaży i tylko w obecności dyplomowanego farmaceuty. W postępowaniu przed francuskim organem antymonopolowym Pierre Fabre twierdził, że obecność farmaceuty w punkcie sprzedaży jest niezbędna, aby klient mógł w każdych okolicznościach zasięgnąć indywidualnej opinii specjalisty opartej na bezpośredniej obserwacji skóry i włosów. Twierdził także, że faktyczny zakaz sprzedaży przez Internet zmierza do poprawy dystrybucji, zapobiegając ryzyku naruszenia praw do znaku towarowego oraz czerpania nienależnych korzyści kosztem autoryzowanych dystrybutorów (*free riding*). Podnosił również argument związany z koniecznością ochrony renomy swoich produktów.

W sprawie stanowisko zajęli francuski organ antymonopolowy, Komisja Europejska, oraz Rzecznik Generalny Trybunału, spójnie twierząc, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet stanowi *hardcore restriction*, które w tej sprawie nie podlega indywidualnemu zwolnieniu. Trybunał zasadniczo przychylił się do tych poglądów (nie przesądzając kwestii indywidualnego zwolnienia), dodając jednak, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet może być usprawiedliwiony – na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE – obiektywną koniecznością jego wprowadzenia⁴⁹.

Trybunał doprecyzował jednocześnie, że konieczność udzielenia klientowi indywidualnej porady, w tym także medycznej, oraz konieczność ochrony prestiżowego wizerunku produktów nie jest wystarczającym obiektywnym uzasadnieniem dla całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet⁵⁰. Rzecznik Generalny Trybunału twierdził z kolei, że obiektywne uzasadnienie całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet powinno być nakierowane na ochronę dobra publicznego oraz powinno wykraczać poza kwestie ochrony wizerunku przedmiotowego produktu czy sposobu, w jaki przedsiębiorstwo pragnie sprzedawać swój produkt⁵¹. W podobnym kierunku idzie E. Loozen⁵².

⁴⁹ Tj. stwierdzając, że „[...] art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że klauzula umowna [...] której konsekwencją jest zakaz wykorzystania Internetu dla celów tej sprzedaży, stanowi ograniczenie ze względu na cel w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w następstwie indywidualnego i konkretnego zbadania treści i celu tej klauzuli umownej oraz prawnego i gospodarczego kontekstu, w jaki jest ona wpisana, okaże się, że zważywszy na właściwości przedmiotowych produktów taka klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona”; zob. pkt 47 wyr. Trybunału.

⁵⁰ Punkty 44–46 wyr. Trybunału.

⁵¹ Pkt 35 opinii Jána Mazáka w sprawie Pierre Fabre z 3 marca 2011. W podobnym kierunku idzie E. Loozen, *Professional Ethics and Restraints of Competition*, „European Law Review” 2006, nr 31(1).

⁵² E. Loozen, *Professional Ethics...*

Niemniej z uzasadnienia komentowanego wyroku Trybunału wynika, że dopuszczalne są także inne – niż narażenie dobra publicznego – przypadki obiektywnego uzasadnienia całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet⁵³.

Również treść Wytycznych Wertykalnych KE 2010 nie wyklucza innego obiektywnego uzasadnienia dla całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet, aczkolwiek jako przykład podana jest właśnie sytuacja sprzedaży produktów niebezpiecznych. W ww. Wytycznych Komisja wskazuje, że producent może zakazać dystrybutorowi sprzedaży przez Internet, jeśli jest to konieczne dla przestrzegania publicznego zakazu sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom ze względów bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych⁵⁴.

Z pewnością przesłanka niebezpieczeństwa produktu nie jest jasna. Czy, przykładowo, sprzedaż soczewek kontaktowych przez Internet, bez możliwości konsultacji z lekarzem i przymierzenia soczewki, jest niebezpieczna dla zdrowia? Taki pogląd wyrażany był przez węgierską regionalną dyrekcję państwowego urzędu ds. sanitarnych, która zakazała sprzedaży soczewek przez Internet oraz przez firmę Ciba Vision w Niemczech. W pierwszym przypadku Trybunał w wyroku w sprawie Ker-Optika⁵⁵ uznał, że zakaz taki jest sprzeczny z art. 34 i 36 TFUE oraz z dyrektywą 2000/31. W drugim przypadku niemiecki organ antymonopolowy zakwestionował czasowy zakaz sprzedaży soczewek przez Internet, stwierdzając, że jego przyczyną nie były względy zdrowotne, ale chęć ograniczenia przez Ciba Vision presji cenowej ze strony sprzedawców internetowych⁵⁶.

Z punktu widzenia prawa konkurencji uważam, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet mógłby obejmować przykładowo sprzedaż broni, amunicji, niektórych środków chemicznych, środków pirotechnicznych. Zakaz sprzedaży alkoholu, tytoniu, środków farmaceutycznych uzależniony jest od możliwości zweryfikowania przez doręczyciela czy odbiorca jest pełnoletni, posiada receptę itp. Niemniej w przypadku każdego z ww. produktów należy sprawdzić właściwe przepisy regulacyjne. Przykładowo w Polsce zakazana jest sprzedaż gier hazardowych przez Internet⁵⁷, ale z kolei np. prawo farmaceutyczne przyznaje aptece prawo do wysyłkowej sprzedaży leków⁵⁸.

Powyższe rozważania prowadzą nas do wniosku, że każdy przypadek całkowitego ograniczenia sprzedaży przez Internet powinien być analizowany zarówno pod kątem prawa ochrony konkurencji, jak i właściwych przepisów regulacyjnych. Z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji całkowity zakaz sprzedaży przez Internet będzie dopuszczalny zupełnie wyjątkowo, pod warunkiem, że jest obiektywnie uzasadniony. Obiektywnym uzasadnieniem jest z pewnością groźba dla dobra publicznego, jaką stwarza sprzedaż internetowa (przede wszystkim produkty niebezpieczne).

Dopuszczalne jest uzasadnienie komentowanego zakazu także innymi okolicznościami, które obiektywnie go usprawiedliwiają, aczkolwiek ani orzecznictwo, ani literatura na chwilę obecną ich nie precyzują⁵⁹. Z pewnością będą to rzadkie przypadki, wśród których – zgodnie z wyrokiem w sprawie *Pierre Fabre* – nie znajdzie się konieczność udzielenia klientowi indywidualnej porady, w tym także medycznej, oraz konieczność ochrony prestiżowego wizerunku produktów.

⁵³ Można zakładać, że takie przypadki zostaną dopiero wskazane przez praktykę.

⁵⁴ Pkt 60 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

⁵⁵ Wyr. Trybunału z 2 grudnia 2010 roku w sprawie C-108/09.

⁵⁶ Zob. decyzja Bundeskartellamt z 25 września 2009 roku w sprawie B 3–123/08, dostępna na <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell09/B3-123-08.pdf>.

⁵⁷ Zob. art. 29a ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. 2009, Nr 201, poz. 1540).

⁵⁸ Zob. art. 68 ustawy z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz.U. 2008, Nr 45, poz. 271).

⁵⁹ Chodzi tu o argumenty na gruncie analizy porozumienia jako zakazanego co do celu. Analiza porozumienia ograniczającego sprzedaż przez Internet jako zakazanego co do skutku oraz możliwość zastosowania indywidualnego zwolnienia omówione są w punkcie VI.

Jednocześnie – co ważne – wyjaśnijmy, że ww. uzasadnienie – tj. konieczność udzielenia klientowi indywidualnej porady lub konieczność ochrony prestiżowego wizerunku produktów – nie usprawiedliwia całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet. Natomiast – w zależności od okoliczności danej sprawy – może ono usprawiedliwiać częściowe ograniczenie sprzedaży internetowej, np. za pośrednictwem stron niespełniających wymogów jakościowych koniecznych dla ochrony renomy produktu.

2. Przykłady zasadniczo niedopuszczalnych ograniczeń w sprzedaży internetowej

Warto wymienić konkretne przypadki, które według Komisji stanowią niedozwolone ograniczenia (przeważnie pasywnej) sprzedaży przez Internet. Chodzi o uzgodnienia między dostawcą a dystrybutorem, które stanowią, że:

- 1) dystrybutor uniemożliwi klientom znajdującym się na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora przeglądanie jego strony internetowej; nie jest także dopuszczalne uzgodnienie, że dystrybutor będzie automatycznie przekierowywał klientów spoza jego terytorium na stronę internetową producenta lub innych dystrybutorów;
- 2) dystrybutor zakończy transakcje internetowe klientów w momencie, kiedy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się na terytorium, które jest przypisane innemu dystrybutorowi;
- 3) dystrybutor ograniczy swoją sprzedaż przez Internet; nie wyklucza to żądania przez dostawcę, aby dystrybutor sprzedawał przynajmniej pewną bezwzględną ilość (ujętą wartościowo lub wolumenowo) produktów poza Internetem w swoim stacjonarnym lokalu; bezwzględna wielkość wymaganej sprzedaży poza Internetem może być określana indywidualnie dla każdego nabywcy na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak np. pozycja nabywcy w sieci lub jego lokalizacja; ustalona obowiązkowa wielkość sprzedaży poza Internetem nie może być jednak nadmierna; w przeciwnym razie prowadziłyby do istotnego ograniczenia sprzedaży za pośrednictwem Internetu.
- 4) dystrybutor nie może być zobowiązany do zapłaty wyższej ceny za produkty przeznaczone do sprzedaży w Internecie niż za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza Internetem; nie wyklucza to uzgodnienia, że dostawca będzie uiszczal na rzecz dystrybutora dofinansowanie (opłatę) w celu wsparcia sprzedaży w Internecie lub poza nim; Komisja jest jednak zdania, że takie dofinansowanie powinno być stałe, nie może mieć charakteru zmiennego, tzn. nie może wzrastać wraz z obrotem osiągniętym poza Internetem, ponieważ pośrednio mogłoby to prowadzić do stosowania wyższych cen na produkty przeznaczone do sprzedaży przez Internet⁶⁰;
- 5) dystrybutor nie będzie miał prawa do zamieszczania różnych wersji językowych swojej strony internetowej⁶¹.

Jako kolejne ograniczenia, o których milczą Komisja i orzecznictwo, a które w mojej ocenie mogą zostać uznane za ograniczające konkurencję, o ile w konkretnym przypadku nie są obiektywnie uzasadnione, należy wymienić:

⁶⁰ Zob. pkt 52 Wytocznych. Ponadto w pkt. 64 Wytocznych Komisja wskazuje, że można stosować wyższe ceny za towar przeznaczony do odsprzedaży przez Internet, jeśli sprzedaż przez Internet pociąga za sobą znacznie wyższe koszty dla producenta niż sprzedaż prowadzona poza Internetem. Wydaje się, że jest to czysto teoretyczny przypadek.

⁶¹ Pkt 52 Wytocznych Wertykalnych KE 2010.

- 1) zakaz podawania przez dystrybutora do publicznej wiadomości cen sprzedaży; w takim wariancie dystrybutor może podawać klientowi informację o cenie sprzedaży tylko na imienne zapytanie klienta; zakaz taki przekracza zasadę ekwiwalentności, jeśli porównamy go z tradycyjną sprzedażą, w przypadku której obowiązkiem sprzedawcy jest oznaczenie ceną towaru przeznaczonego do sprzedaży detalicznej⁶²;
- 2) nakaz osobistego odbioru towaru; wykluczenie możliwości wysyłki towaru pod adres wskazany przez klienta może być traktowane jako zmierzające do zniechęcenia klientów i w konsekwencji dystrybutorów do zakupów internetowych;
- 3) zakaz wysyłki towaru za granicę – zakaz taki może stwarzać podejrzenia co do zamiaru dostawcy wykluczenia handlu równoległego i w większości przypadków będzie miał antykonkurencyjny charakter.

VI. Ograniczenie w sprzedaży przez Internet – porozumienie co do celu czy skutku?

Przypomnijmy, że w wyroku w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał stwierdził, że „art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że klauzula [...] której konsekwencją jest zakaz wykorzystania Internetu [...], stanowi ograniczenie ze względu na cel w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w następstwie indywidualnego i konkretnego zbadania treści i celu tej klauzuli umownej oraz prawnego i gospodarczego kontekstu, w jaki jest ona wpisana, okaże się, że zważywszy na właściwości [...] produktów taka klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona”⁶³.

Powyższe stwierdzenie oznacza, że w większości przypadków argumenty ekonomiczne, na podstawie których przedsiębiorca będzie chciał wykazać legalność swojego działania, będą rozpatrywane na gruncie celu, a nie skutku porozumienia. Jest to odejście od tradycyjnego ujęcia, zgodnie z którym porozumienia zakazane ze względu na cel to takie, które *prima facie* zmierzają do ograniczenia konkurencji⁶⁴.

Nie do końca jasny jest charakter prawny przesłanki obiektywnego uzasadnienia, o której wspomina Trybunał. Na pewno chodzi tutaj o analizę na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE. A zatem ważenie pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia, zarezerwowane dla art. 101 ust. 3 TFUE, nie wchodzi w grę⁶⁵.

Rzecznik Trybunału Ján Mazák zdaje się rozumieć koncepcję obiektywnego uzasadnienia ograniczenia konkurencji jako autonomiczny instrument prawny pozwalający wykazać legalność porozumienia zawierającego ograniczenie konkurencji bez konieczności stosowania art. 101 ust. 3 TFUE i zawartych w nim czterech przesłanek prokonkurencyjności. W takim ujęciu byłaby to koncepcja analogiczna do *ancillary restraints*⁶⁶. Natomiast w cytowanym fragmencie wyroku

⁶² Zob. art. 12 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz.1050).

⁶³ Pkt 47.

⁶⁴ Takie klasyczne podejście prezentował np. A. Stawicki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, IKAR 2012, 1, s. 10–15.

⁶⁵ Na niedopuszczalność ważenia pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia na gruncie analizy prawnej w oparciu o art. 101 ust. 1 TFUE zwrócił uwagę Sąd Pierwszej Instancji m.in. w wyroku z 15 września 1998 roku w sprawie *European Night Services i in. przeciwko Komisji*; połączone sprawy T374/94, T375/94, T384/94 i T388/94 (brak informacji o publikacji w Zb.Orz.); pkt 136 wyroku.

⁶⁶ Na temat instytucji *ancillary restraints* w zakresie dotyczącym potencjalnie antykonkurencyjnych porozumień zob. A. Jurkowska-Gomułka, [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo Sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, Glosa do wyroku Meca-Medina, Warszawa 2010; oraz powołana tam literatura. Podobnie: A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3(5), s. 48–58. Zob. także: A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 242–244.

Trybunał zdaje się raczej iść w kierunku, który zakłada, że obiektywne uzasadnienie to wszelkie względy prawne, biznesowe, ekonomiczne, techniczne, organizacyjne itp., które stanowią uzasadnienie dla konkretnego ograniczenia konkurencji. Innymi słowy zdaje się utożsamiać obiektywne uzasadnienie praktyki z jej otoczeniem ekonomicznym, które może przesądzić o tym, że dana klauzula nie może zostać uznana za antykonkurencyjną ze względu na cel⁶⁷.

Jeśli badane ograniczenie w sprzedaży przez Internet okaże się obiektywnie uzasadnione, np. koniecznością ochrony dobra publicznego, wówczas organ antymonopolowy powinien uznać, że porozumienie nie jest zakazane ze względu na cel. W następnej kolejności należy zbadać, czy nie wywiera ono – choćby potencjalnie – antykonkurencyjnego skutku. Jeśli skutek taki istnieje (albo jeśli porozumienie ma antykonkurencyjny cel), wówczas przedsiębiorca powinien wykazać, że porozumienie spełnia przesłanki indywidualnego zwolnienia, o których mowa w art. 8 Ustawy.

Mogą zdarzyć się również takie przypadki, w których z uwagi na okoliczność sprawy ograniczenie w sprzedaży przez Internet nie ma na celu ograniczenia konkurencji. Wówczas należy zbadać jedynie ryzyko jego antykonkurencyjnych skutków (takie sytuacje będą stosunkowo rzadkie). Przedsiębiorca broniący klauzul ograniczających sprzedaż przez Internet może zatem zastosować następującą sekwencję argumentów (w praktyce w jednej sprawie wykorzysta tylko część z nich):

- a) twierdzić, że porozumienie w ogóle nie ma na celu ograniczenia konkurencji;
- b) twierdzić, że antykonkurencyjny cel porozumienia jest pozorny, albowiem jest on usprawiedliwiony szeroko pojętym otoczeniem ekonomiczno-biznesowym porozumienia i w związku z tym jest obiektywnie uzasadniony;
- c) twierdzić, że porozumienie nie tylko nie miało antykonkurencyjnego celu, lecz także nie może mieć antykonkurencyjnych skutków;
- d) zastosować art. 8 Ustawy (101 ust. 3 TFUE), tj. wykazać spełnienie czterech przesłanek zawartych w tym przepisie i twierdzić, że choć porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel lub skutek, mimo to może generować także prokonkurencyjne efekty, które przeważają; w związku z czym w ogólnym rozrachunku nie ogranicza ono konkurencji.

VII. Stosowanie zwolnienia *de minimis* do ograniczeń w sprzedaży przez Internet

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 Ustawy, jeżeli udział w rynku posiadany albo przez dystrybutora, albo przez dostawcę w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%, wówczas do takiego porozumienia nie stosuje się zakazu zawierania porozumień dyskryminacyjnych, wiązanych oraz ograniczających przedsiębiorcom nieobjętych porozumieniem dostęp do rynku⁶⁸. Jest to tzw. zwolnienie *de minimis*, które – co bardzo ważne – nie ma jednak zastosowania do porozumień cenowych, kontyngentowych, podziałowych i przetargowych.

⁶⁷ Zob. A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w UE*, IKAR 2012, 3(1) s. 16–19.

⁶⁸ Na marginesie dalszych wywodów zaznaczę, że w mojej ocenie dotychczas nie wytłumaczono w przekonujący sposób istotnej wątpliwości związanej z brzmieniem art. 7 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Otóż faktem jest, że zdecydowana większość porozumień dystrybucyjnych zawierana jest w sytuacji, kiedy albo dostawca, albo dystrybutor posiada udział w rynku poniżej 10%. Literalnie rzecz biorąc oznacza to, że praktycznie wszystkie porozumienia dystrybucyjne w Polsce, o ile nie zawierają *hardcore restrictions*, o których mowa w art. 7 ust. 2 Ustawy, korzystają ze zwolnienia *de minimis*, albowiem prawie zawsze jedna ze stron ma udział w rynku poniżej 10%. Powstaje pytanie, czy rzeczywiście takie było zamierzenie ustawodawcy i czy w sytuacji, kiedy dostawca posiadający udział w rynku przekraczający 10% zawiera porozumienie z kilkudziesięcioma dystrybutorami, którzy łącznie posiadają udział w rynku przekraczający np. 70% (ale każdy z osobna ma poniżej 10%), nadal stosujemy zwolnienie *de minimis*? Czy też powinniśmy odwołać się do unijnej koncepcji skumulowanych efektów rynkowych i uznać, że bierzemy pod uwagę łączny udział wszystkich dystrybutorów, którzy podpisali porozumienie z tym samym dostawcą, a jeśli tak, to jaka byłaby podstawa prawna takiej konstrukcji (porozumienie zakazane co do skutku, mimo kategorycznej treści art. 7 Ustawy?).

Dla analizowanej problematyki kluczowe znaczenie ma zatem odpowiedź na pytanie: czy ograniczenie w sprzedaży internetowej ma charakter porozumienia cenowego, kontyngentowego lub podziałowego (i wtedy nie korzysta ze zwolnienia *de minimis*), czy też jest to odmiana porozumienia dyskryminującego, wiążanego lub utrudniającego dostęp do rynku podmiotom trzecim (i wtedy korzysta ze zwolnienia *de minimis*) lub ewentualnie nienazwanej formy porozumienia? Komisja w Wytycznych nie odpowiada wprost na to pytanie. Precyzyjna odpowiedź zależy oczywiście od konkretnego stanu faktycznego. Niemniej w mojej ocenie zakwalifikowanie ograniczeń w sprzedaży przez Internet jako porozumień korzystających ze zwolnienia *de minimis*, tj. porozumień dyskryminacyjnych, wiązanych lub utrudniających dostęp do rynku podmiotom trzecim, ewentualnie jako porozumienia nienazwanego, będzie możliwe zupełnie wyjątkowo.

Próbując umieścić ograniczenia w sprzedaży przez Internet na gruncie art. 6 Ustawy, pozostajemy zatem w kręgu szeroko pojętych: a) porozumień cenowych (ograniczenie ma na celu eliminację presji cenowej typowej dla e-commerce); b) porozumień kontyngentowych (porozumienie ma na celu ograniczenie zbytu przez Internet) oraz c) porozumień podziałowych (wykluczenie ryzyka, że dystrybutor będzie sprzedawał przez Internet towary na terenach zarezerwowanych dla jego konkurentów). Przykłady podawane przez Komisję w Wytycznych najczęściej można powiązać z tym ostatnim przypadkiem.

W wyroku w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał przyjął, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet ma na celu przynajmniej ograniczenie sprzedaży pasywnej na rzecz użytkowników końcowych i jako takie jest sprzeczny z art. 4 lit. c) rozporządzenia nr 2790/1999⁶⁹. Z kolei francuska Rada ds. Konkurencji oraz Rzecznik Generalny Trybunału uznali takie ograniczenie za ograniczenie nie tylko sprzedaży pasywnej, lecz także aktywnej⁷⁰. W UE ograniczenia w sprzedaży pasywnej i aktywnej przeważnie traktuje się jako formę porozumień podziałowych, albowiem najczęściej ograniczają one możliwość swobodnej sprzedaży między poszczególnymi terytoriami (przeważnie krajami członkowskimi UE), dzieląc je między poszczególnych dystrybutorów⁷¹.

Ograniczenia w sprzedaży przez Internet (w zależności od konkretnego stanu faktycznego) mogą być także traktowane jako specyficzna forma porozumień cenowych (mających na celu za wyższenie cen detalicznych ponad poziom, który istniałby w braku takich ograniczeń i byłby typowy dla presji cenowej istniejącej w Internecie⁷²) lub ograniczających zbyt. Okoliczności danej sprawy przesądzą, jaki element ma w niej największe znaczenie i jak (z perspektywy art. 6 Ustawy) kwalifikować ograniczenie w sprzedaży przez Internet. Wydaje się, że najczęstszymi przypadkami będą porozumienia podziałowe i ograniczające zbyt. Kwalifikacja ograniczeń w sprzedaży przez Internet jako formy porozumień cenowych jest również dopuszczalna (aczkolwiek będzie raczej rzadsza). Inne formy porozumień będą występować zupełnie sporadycznie.

Prowadzi nas to do wniosku, że ograniczenia w sprzedaży przez Internet będą korzystać ze zwolnienia *de minimis* w zupełnie wyjątkowych sytuacjach.

⁶⁹ Zob. pkt 54 Wyroku Trybunału.

⁷⁰ Zob. pkt. 8–9 oraz 59 opinii Rzecznika Generalnego Trybunału z 3 marca 2011 roku w sprawie C-439/09 (*Pierre Fabre*).

⁷¹ Zob. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6th Edition, Oxford 2008, s. 439.

⁷² Tak było przykładowo w niemieckiej sprawie *Ciba Vision* (decyzja Bundeskartellamt z 25 września 2009 w sprawie B3–123/08), w której producent soczewek kontaktowych zakazał sprzedaży za pośrednictwem eBay z uwagi na fakt, że dystrybutorzy, którzy sprzedawali za pośrednictwem tej strony, nie przestrzegali minimalnych cen odsprzedaży narzucanych przez dostawcę.

VIII. Umowy agencyjne a ograniczenia w sprzedaży przez Internet

Kwestią dotychczas niedyskutowaną w znanej mi literaturze ani w orzecznictwie jest relacja ograniczeń w sprzedaży przez Internet w stosunku do umów agencyjnych. Rozważmy sytuację, w której mamy do czynienia z tzw. prawdziwym stosunkiem agencyjnym, to jest z umową, w której w szczególności dający zlecenie (dostawca) ponosi dominujące ryzyko i koszty związane z działalnością agenta⁷³.

Ponieważ w ramach tzw. prawdziwej agencji dający zlecenie ponosi prawie pełne ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą i zakupem towarów, obowiązki nałożone przez niego na agenta nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE lub art. 6 Ustawy (czyli są dozwolone). Komisja wskazuje, że w ramach prawdziwej agencji dający zlecenie może w szczególności nałożyć na agenta obowiązki w zakresie: a) ograniczenia co do terytorium, na którym agent może sprzedawać towary; b) ograniczenia co do klientów, którym agent może sprzedawać towary; c) cen i warunków, na jakich agent może sprzedawać towary⁷⁴.

Nie widzę przeszkód, aby w ramach tzw. prawdziwej agencji przyjąć, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet mieści się w ww. trzech ograniczeniach dopuszczonych przez Komisję. Jest to sytuacja porównywalna z taką, w której przedsiębiorca podejmuje indywidualną decyzję o tym, że zaprzestaje działalności w Internecie. Z uwagi na bardzo silne więzy gospodarcze między agentem a dającym zlecenie decyzja taka nie powinna być w mojej ocenie traktowana jako narzucona lub uzgodniona z niezależnymi podmiotami trzecimi (tak jak miałyby to miejsce w przypadku dystrybutorów, gdzie byłaby ona zakazana)⁷⁵.

IX. Podsumowanie

1. Można wyróżnić następujące przykłady dozwolonych i zakazanych ograniczeń wymaganych przez dostawców od dystrybutorów w sprzedaży przez Internet:

Ograniczenia zasadniczo zakazane	Ograniczenia zasadniczo dozwolone
całkowity zakaz sprzedaży przez Internet	ograniczenia w wykorzystaniu Internetu do sprzedaży aktywnej (o ile wykorzystywanie Internetu prowadziłoby do sprzedaży aktywnej na terytoriach lub na rzecz grup klientów zarezerwowanych dla innych wyłącznych dystrybutorów)

⁷³ Termin „prawdziwy agent” (*genuine agent*) był używany w poprzednich Wytycznych KE z 2000 roku i jest nadal używany w literaturze. Bazując na punkcie 12–18 Wytycznych Wertykalnych KE 2010 można stwierdzić, że w uproszczeniu chodzi o taką umowę, w ramach której zasadniczo: a) agent nie ma prawa własności do towarów objętych porozumieniem; b) agent nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą towarów; c) agent nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów; d) agent nie ponosi odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt; e) agent nie ponosi odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji; f) agent nie jest obowiązany inwestować w stylizowanie zbytu; g) agent nie czyni związanych z konkretnym rynkiem istotnych inwestycji w wyposażenie, lokal lub szkolenie personelu; h) agent nie podejmuje – bez zwrotu kosztów – na tym samym rynku produktowym innych działań wymaganych przez dającego zlecenie; h) agent nie ponosi ryzyka własnej działalności z wyjątkiem ryzyka utraty prowizji i z wyjątkiem jedynie nieznacznego ryzyka w związku z umowami zawartymi na rzecz dającego zlecenie, w tym ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie.

⁷⁴ Zob. pkt. 19–20 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

⁷⁵ Zwrócić należy jednak uwagę na to, że w przeszłości Sąd i Trybunał krytycznie wyrażały się odnośnie do części poglądów Komisji dotyczących umów agencyjnych. Odnotować warto także pogląd Małgorzaty Kozak wyrażony w: *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, IKAR 2012, 4(1), s. 28–43. Autorka przyjmuje, że ocena umów agencyjnych nie powinna być ograniczona do weryfikacji ryzyk czy umiejscowienia agenta w sieci dającego zlecenie, ale powinna również uwzględniać efekt ekonomiczny porozumienia oraz innych porozumień z nim powiązanych. Takie podejście nakazywałoby ostrożniejsze ferowanie ogólnych sądów co do dopuszczalności zakazania agentom sprzedaży przez Internet, na rzecz analizy *case by case*.

zobowiązanie dystrybutora do uniemożliwienia klientom znajdującym się na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora przeglądania jego strony internetowej	obowiązek spełniania określonych przez dostawcę wymogów jakościowych w wyglądzie strony internetowej dystrybutora i jej funkcjonalności
uzgodnienie, że dystrybutor będzie automatycznie przekierowywał klientów spoza przyznanego mu terytorium na stronę internetową producenta lub innych dystrybutorów	zakaz sprzedaży produktów markowych za pośrednictwem platform aukcyjnych typu eBay, allegro (wymagana indywidualna ocena prawna)
uzgodnienie, że dystrybutor zakończy transakcje internetowe klientów w momencie, kiedy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się na terytorium, które jest przypisane innemu dystrybutorowi	obowiązek posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria
zobowiązanie dystrybutora do ograniczenia ilości lub wartości sprzedaży przez Internet.	wymóg, aby dystrybutor sprzedawał pewną bezwzględną ilość produktów (nienadmierną; ujętą wartościowo lub wolumenowo) poza Internetem w swoim stacjonarnym lokalu
zobowiązanie dystrybutora do zapłaty wyższej ceny zakupu za produkty przeznaczone do sprzedaży w Internecie niż za produkty przeznaczone do sprzedaży poza Internetem	swoboda dostawcy w określeniu zasad jego wsparcia związanych ze zwrotem produktów oraz ze stosowaniem bezpiecznych systemów płatności
zakazanie dystrybutorowi prowadzenia swojej strony internetowej w różnych wersjach językowych	prawo dostawcy do ustanowienia na rzecz dystrybutora stałego dofinansowania (opłaty) w celu wsparcia sprzedaży w Internecie lub poza nim (przy czym nie może ono wzrastać wraz z obrotem osiągniętym poza Internetem)
zakaz podawania przez dystrybutora do publicznej wiadomości detalicznych cen sprzedaży, a jedynie na zapytanie klienta	zobowiązanie dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej do przestrzegania maksymalnej ilości towaru, którą mogą sprzedać za pośrednictwem Internetu nabywcy indywidualnemu (konsumentowi)
wprowadzenie obowiązku osobistego odbioru towaru przez klienta	zobowiązanie dystrybutora do utrzymywania w stacjonarnym punkcie sprzedaży (racjonalnie) określonej ilości towaru względem jego oferty umieszczonej na stronie internetowej
zakaz wysyłki przez dystrybutora towaru za granicę	wyznaczenie przez dostawcę określonych terminów dostaw do klienta
	nakaz oferowania klientom interaktywnych porad w czasie rzeczywistym oraz odpowiadania na wiadomości e-mail klientów w określonym czasie (w godzinach zbliżonych do godzin funkcjonowania stacjonarnych punktów sprzedaży danego dystrybutora)
	obowiązek tworzenia dedykowanych stron internetowych dla poszczególnych linii produktów
	zakaz sprzedaży przez Internet produktów niebezpiecznych

2. Sytuacje określone w tabeli jako przeważnie dozwolone mogą zostać uznane za antykonkurencyjne (tj. zakazane) jedynie wyjątkowo. Może to nastąpić przede wszystkim w sytuacji, gdy udział rynkowy dostawcy lub dystrybutora przekracza 30% i jednocześnie z uwagi na okoliczności sprawy ograniczenia w sprzedaży przez Internet faktycznie i istotnie blokują ten kanał sprzedaży, zmniejszając wybór dostępny dla konsumentów oraz presję cenową między dystrybutorami. Ponadto mogą być one uznane za antykonkurencyjne, jeśli uzgodnione parametry poszczególnych ograniczeń – rozpatrywane łącznie – są w oczywisty sposób nadmierne i nieekwiwalentne, a ich głównym celem lub skutkiem jest istotne ograniczenie sprzedaży przez Internet (i związanej z nią presji cenowej oraz możliwości wyboru).
3. Sytuacje określone w tabeli jako przeważnie zakazane mogą jednak okazać się dopuszczalne, jeśli:
- przedsiębiorca wykaże, że antykonkurencyjny cel porozumienia jest pozorny, albowiem jest on usprawiedliwiony szeroko pojętym otoczeniem ekonomiczno-biznesowym porozumienia i w związku z tym jest obiektywnie uzasadniony; lub
 - przedsiębiorca wykaże, że porozumienie nie tylko nie miało antykonkurencyjnego celu, lecz także nie może mieć antykonkurencyjnych skutków; lub
 - przedsiębiorca wykaże spełnienie czterech przesłanek indywidualnego zwolnienia zawartych art. 8 Ustawy, tj. wykaże, że w ogólnym rozrachunku prokonkurencyjne skutki porozumienia przeważają nad jego antykonkurencyjnymi efektami.

4. W większości przypadków porozumienia wertykalne zawierające klauzule ograniczające prawo dystrybutora do nieskrępowanej sprzedaży przez Internet będą traktowane jako porozumienia zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel. Instytucja zakazu ze względu na antykonkurencyjny skutek będzie stosowana w wyjątkowych sytuacjach.

5. W większości przypadków porozumienia wertykalne zawierające klauzule ograniczające prawo dystrybutora do nieskrępowanej sprzedaży przez Internet będą traktowane jako: a) porozumienia podziałowe (wykluczenie ryzyka, że dystrybutor będzie sprzedawał przez Internet towary na terenach zarezerwowanych dla jego konkurentów); lub b) porozumienia kontyngentowe (porozumienie ma na celu ograniczenie zbytu przez Internet) lub c) porozumienia cenowe (ograniczenie ma na celu eliminację presji cenowej typowej dla e-commerce). W konsekwencji w przeważającej większości przypadków omawiane porozumienie nie będzie korzystać ze zwolnienia *de minimis*.

6. Zagwarantowanie wysokiego bezpieczeństwa prawnego dla ww. ograniczeń może nastąpić w sytuacji wyboru przez dostawców modelu agencyjnego (tzw. prawdziwa agencja) zamiast modelu dystrybucyjnego. Oznacza to jednak, że dostawca musi ponosić prawie pełne ryzyko i koszty działalności agenta związane ze sprzedażą jego produktów.