

RPM nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży?

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13

I. Stan faktyczny

Na mocy decyzji Prezesa UOKiK z dnia 11 grudnia 2008 r. (nr RKT-114/2008), organ ów za praktykę ograniczającą konkurencję uznał zawarcie przez Zakłady Chemiczne Hajduki S.A. z siedzibą w Chorzowie (dalej: Hajduki), oraz przez kilkanaście wymienionych w tej decyzji przedsiębiorców, porozumienia na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych. Porozumienie to polegało na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży wyrobów produkowanych przez Hajduki i sprzedawanych przez jej partnerów, stanowiąc zdaniem Prezesa UOKiK naruszenie zakazu z art. 6 ust. 1 uokk¹. Prezes UOKiK nałożył karę pieniężną na tego przedsiębiorcę (w wysokości 26 374 zł), a także na innych uczestników porozumienia. Ukaranym był także powód w glosowanej sprawie, tj. V-Bud Walkiewicz Sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie (kara w wysokości 42 558 zł).

Spółka V-Bud zaskarżyła decyzję Prezesa UOKiK do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), który – w drodze wyroku z dnia 11 października 2011 r. – oddalił odwołanie, uznając decyzję Prezesa UOKiK za prawidłową. Powód zaskarżył ten wyrok apelacją, którą Sąd Apelacyjny (w drodze wyroku z dnia 19 grudnia 2012 r.) częściowo uwzględnił, dokonując obniżenia kary pieniężnej na powoda do kwoty 10 640 zł.

Na wyrok Sądu Apelacyjnego Prezes UOKiK wniósł skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, który – w drodze komentowanego wyroku – skargę oddalił.

II. Aprobata podejścia Sądu Najwyższego

Komentowane orzeczenie jest dopiero drugim – z wyroków Sądu Najwyższego – w którym przedmiotem oceny była praktyka wertykalnego ustalania cen odsprzedaży (tzw. **RPM**²). Już choćby z tego względu zasługuje on na uwagę, przy czym jego ewaluacji należy dokonać w świetle pierwszego z tych orzeczeń, czyli wyroku SN z dnia 23 listopada 2011 r. (w sprawie *Röben*³). Pod względem objętości oraz szczegółowości analizy wskazanego zagadnienia, to właśnie ten (drugi) wyrok jest znacznie bardziej rozbudowany. Do niego z resztą wprost nawiązano także w glosowanym wyroku (dalej: wyrok w sprawie *Hajduki*) określając, iż zawiera on „wielowątkową

¹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (dalej: uokk).

² Od angielskiego *Resale Price Maintenance*. Przy czym podkreślenia wymaga, iż pojęciem tym – przynajmniej na potrzeby niniejszej glosy – nie jest objęte wertykalne ustalanie maksymalnych cen odsprzedaży bądź też stosowanie w relacjach wertykalnych (prawnie ani ekonomicznie niewiążących dystrybutorów) rekomendacji cenowych kierowanych do nich przez dostawców. Tego rodzaju ograniczenia z zasady są zgodne z prawem konkurencji, podlegając wyłączeniu grupowemu z zakazu z art. 6 ust. 1 uokk w przypadku, gdy udział rynkowy dostawcy i nabywcy nie przekracza 30% (zob. § 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U.2011.81.441).

³ Wyr. SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012, nr 21–22, poz. 276..

argumentację (...) w przedmiocie statusu porozumień wertykalnych polegających na ustalaniu cen odsprzedaży”. Jak to zostanie ukazane niżej, wyrok w sprawie *Hajduki* zawiera istotne uzupełnienie, a – w moim przekonaniu – nawet (do pewnego stopnia) „przekwalifikowanie” antymonopolowej oceny RPM jaka dokonana została w wyroku w sprawie *Röben*.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w wyrok w sprawie *Hajduki* co do zasady podtrzymał przyjętą w wyroku w sprawie *Röben* „generalną kwalifikację porozumień ustanawiających minimalne bądź sztywne ceny odsprzedaży (a także pochodne ceny odsprzedaży, jak np. wysokość marży) jako porozumień należących do kategorii określanej mianem ‘ograniczających konkurencję ze względu na cel’” (w rozumieniu art. 6 ust. 1 zd.1 uokk). Gdyby jednocześnie SN ograniczył się do tej konstatacji, wówczas w niczym nie zmieniłby prawnokonkurencyjnej klasyfikacji RPM, w istocie nie wnosząc nic (a z pewnością niewiele) nowego do dorobku polskiej judykatury w tym przedmiocie. W dalszej części wyroku SN – podważając stanowisko Prezesa UOKiK – wskazał, iż, po pierwsze, nieuzasadnione jest jednolite i rygorystyczne stosowanie zakazu przewidzianego w powołanym przepisie „do wszelkiego rodzaju wertykalnych porozumień cenowych” oraz po drugie, „nie w każdym przypadku porozumienia należącego do tej kategorii dochodzi do zagrożenia interesu publicznego czy też naruszenia wartości istotnych dla prawa antymonopolowego”. Oba te twierdzenia – choć literalnie odmiennie sformułowane – pozostają ze sobą w funkcjonalnym związku, prowadząc do ujednoczonej konkluzji, tj. konieczności podziału RPM na (co najmniej) dwie kategorie, czyli te podlegające restrykcyjnemu reżimowi (jak choćby jako porozumienie zakazane ze względu na cel w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokk) oraz podlegające liberalnej ocenie antymonopolowej w tym jako dozwolone *per se*, gdyż nie mające na celu ani także nie skutkujące ograniczeniem prawidłowo pojmowanej konkurencji⁴. Przez taką zaś rozumieć należy mechanizm funkcjonowania rynku przynoszący ekonomiczne korzyści dla konsumentów (lepsza jakość, niższe ceny, szerszy wybór⁵). Tak pojmowana konkurencja – konkurencja „skutkowa”/„funkcjonalna” – stanowi, a przynajmniej stanowić powinna, wartość podlegającą ochronie w interesie publicznym⁶, o jakim mowa w art. 1 ust. 1 uokk. Wprawdzie SN literalnie na ów przepis się nie powołał, jakkolwiek nie mogą zachodzić wątpliwości, iż w cytowanym wyżej stwierdzeniu tego sądu chodzi właśnie o wskazany w przepisie tym interes.

Mając powyższe na uwadze zasadna staje się interpretacja stanowiska SN, zgodnie z którą **nie w każdym przypadku stosowania RPM dochodzi do ograniczenia (zagrożenia) konkurencji** (zatem naruszenie art. 6 ust. 1 uokk). Jest to słuszne stanowisko, odchodzące od formalnego podejścia w przedmiocie antymonopolowej oceny RPM (czyli w istocie oznaczającego podejścia zbliżone do zakazu *per se* lub *quasi per se*⁷). Tego rodzaju praktyki – w zależności od okoliczności rynkowych ich stosowania (celów ekonomiczno-biznesowych) – mogą bowiem w różny sposób

⁴ Nie można wszakże pominąć, iż w takim wypadku **stanowisko SN staje się niespójne**. Z jednej strony bowiem podtrzymuje („generalne”) kwalifikowanie RPM (jak się wydaje wszystkich porozumień o tej „formie”) do tych antykonkurencyjnych ze względu na cel; z drugiej zaś – poprzez (bliżej analizowane w niniejszej glosie) odwołanie się do klauzuli interesu publicznego (o czym niżej) – wskazuje na potrzebę niejednolitego traktowania RPM i różnicowania tych praktyk ze względu na to czy naruszają interes publiczny, czy też nie.

⁵ Por. wyrok SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337.

⁶ Szerzej o tym o różnych aspektach pojmowania istoty konkurencji w kontekście interesu publicznego, zob. K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji (na tle praktyk rynkowych dominantów)*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 7, s. 45–56; zob. też D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 79–104.

⁷ Co w doktrynie stanowi przedmiot rozbieżnych ocen oraz dyskusji; zob. np. A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 2011, z. 4, s. 79; Ł. Grzejdziak, *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczanie wolności gospodarczej?*, [w:] W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, Materiały Zjazdu Katedr PPG 20–22.09.2009, Toruń 2009, s. 133.

oddziaływać na konkurencję, tj. zarówno ją ograniczając (nawet w sposób ewidentny⁸), jak i nie prowadząc do takiego skutku (a nawet mogąc ją stymulować). Na temat prokonkurencyjnych aspektów RPM można odesłać do obszernej bibliografii prawno-ekonomicznej⁹ (dostrzegł je także SN w wyroku w sprawie *Röben*)¹⁰. Choć nadal w tej materii nie ma wystarczających dowodów empirycznych¹¹, to na dziś nie powinno budzić wątpliwości twierdzenie o różnorodnym oddziaływaniu wertykalnego ustalania (ujednolicania) cen odsprzedaży na konkurencję, przy czym – co warto podkreślać – **konkurencję międzymarkową**. Ograniczenie przede wszystkim tego „aspektu” konkurencji (zatem nie konkurencji wewnątrzmarkowej¹²) może godzić w interes publiczny (zob. wyżej), czyniąc interwencję Prezesa UOKiK uzasadnioną.

Odnosząc się do przyjętej wyżej interpretacji sformułowania Sądu Najwyższego, wskazać należy, iż wymaga ona od Prezesa UOKiK ustalenia czy w danym wypadku stosowanie RPM godzi w interes publiczny (*ergo* – ogranicza właściwie pojmowaną konkurencję), czy też skutku takiego nie powoduje (lub prawdopodobnie nie wywoła). To zaś wymagać będzie bliższego uwzględnienia kontekstu (celu) ekonomiczno-biznesowego stosowania tej praktyki (w tym takich kwestii, jak np. kto był inicjatorem RPM¹³, czy dochodziło do – choćby pośrednich – kontaktów między dystrybutorami na potrzeby wprowadzenia/zasad realizacji RPM).

Co prawda SN w komentowanym orzeczeniu nie nawiązał już (przynajmniej literalnie) do konieczności dokonania (choćby ogólniejszej) analizy ekonomicznej RPM; jakkolwiek – jak to ukazano wyżej – to właśnie kontekst (obiektywny cel) ekonomiczny zawarcia i wdrażania RPM pozwalać będzie na różnicowanie praktyk (formalnie należących do tej kategorii) na te, które, posługując się już terminologią SN, „zagrożą interesowi publicznemu” oraz te, które takiego zagrożenia nie wywołują. W każdym razie za kolidujące ze stanowiskiem zajęтым w głosowanym wyroku uznać należałoby przyjmowanie przez Prezesa UOKiK, iż porozumienie – o ile tylko w swojej formie kwalifikuje się jako RPM (a zarazem z tegoż wyłącznie powodu) – stanowi ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokk, niezależnie od jego rzeczywistych lub prawdopodobnych skutków rynkowych (w tym skutków dla konsumentów). W taki zaś sposób w swej dotychczasowej praktyce decyzyjnej organ antymonopolowy postępował, ingerując zarówno w te praktyki RPM, co do których antykonkurencyjnego charakteru (w tym celu) nie powinno się mieć

⁸ Jak to jest w szczególności w przypadku, gdy wertykalne ustalanie cen odsprzedaży prowadzi do wystąpienia skutków horyzontalnych, tj. ograniczenia konkurencji między dystrybutorami (tzw. porozumienia typu *hub and spoke*); szerzej o nich, zob. np. A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2011, Vol. 4(5), s. 26.

⁹ Zob. np. *Resale Price Maintenance* 2008, DAF/COMP(2008)37, publikacja OECD, www.oecd.org, s. 10–11. Na podobne korzyści stosowania RPM zwraca się także uwagę w doktrynie (zob. np. G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 314–318).

¹⁰ Wymieniając np. zwalczanie i/lub zapobieganie tzw. zjawisku pasażerów (*free-riding*), potrzebą zapewnienia jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci sprzedaży; szerzej o tym, zob. np. A. Bolecki, *Ustalenie minimalnych cen odsprzedaży. Głos do wyroku Sądu Najwyższego z 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11 (Röben Ceramika Budowlana)*, iKAR 2012, nr 3, s. 107–112.

¹¹ Tj. takich, aby na ich podstawie można było kreować jednoznacznie prawidłowe, a zarazem generalno-abstrakcyjne reguły (narzędzia) antymonopolowej analizy RPM.

¹² Co więcej, niejako „naturalnym” (zatem zawsze lub prawie zawsze występującym) skutkiem RPM będzie ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej (a czasem nawet i eliminacja cenowej rywalizacji wewnątrzmarkowej). W tym kontekście warto przytoczyć stanowisko SN (w sprawie *Röben*), który trafnie dostrzegł iż „porozumienia wertykalne stanowią istotny instrument w kształtowaniu sieci dystrybucji i generalnie uznawane są za prokonkurencyjne, z uwagi na ich pozytywny wpływ na konkurencję między producentami (dostawcami) substytucyjnych towarów **kosztem zmniejszenia konkurencji wewnątrzmarkowej** [podkreślenie aut.] (między sprzedawcami tego samego towaru pochodzącym od tego samego dostawcy)”.

¹³ Doświadczenia obrotu gospodarczego dowodzą, iż RPM raczej rzadko negatywnie oddziaływały na konkurencję (a czasem wręcz ją stymulowały) w przypadku, gdy inicjowane były niejako „odgórnie”, tj. przez dostawcę (zazwyczaj organizatora sieci – np. franczyzowej). Dostrzega to także Komisja zwracając uwagę, iż „RPM może nie tylko ograniczać konkurencję, ale także, w szczególności gdy inicjowane jest przez dostawcę, może prowadzić do wzrostu efektywności” (*RPM may not only restrict competition but may also, in particular where it is supplier driven, lead to efficiencies*); pkt 225 wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01); Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010, s. 1.

większych wątpliwości¹⁴, jak i w te, w których ingerencje trudno by postrzegać jako uzasadnione interesem publicznym (jak np. ujednocianie cen odsprzedaży posiłków w restauracjach prowadzonych w sieci frachisingowej¹⁵) lub przynajmniej dyskusyjne¹⁶.

Komentowany wyrok powinien zatem doprowadzić (lub przynajmniej przyczynić się) do reorientacji podejścia Prezesa UOKiK w zakresie jego prawno-konkurencyjnej oceny RPM, tj. odstąpienia od podejścia formalnego w kierunku bardziej „zekonomizowanego”, tj. indywidualnie traktującego tego rodzaju praktyki.

III. Polemika ze stanowiskiem doktryny

Głosowany wyrok jako dający podstawę do zróżnicowanej oceny wertykalnego ustalania cen odsprzedaży stanowi – w mojej ocenie – krok dalej (tj. we właściwym kierunku) w porównaniu ze stanowiskiem zajęтым w wyroku w sprawie *Röben*.

W środowiskach antymonopolowych można wszak spotkać się z inną oceną (interpretacją) wyroku w sprawie *Hajduki*. Zdaniem S. Sypa wyrok ów nie wnosi nic nowego (*nihil novi*) „w zakresie podejścia do porozumień wertykalnych” (zatem w tym kontekście do RPM)¹⁷. Autor ów wskazuje także, iż wyrok ten nie stanowi o konieczności analizy ekonomicznej czy też o potrzebie analizy skutków ekonomicznych porozumień wertykalnych ustalających ceny minimalne, czy sztywne. Następnie konkluduje, iż „kwestia interesu publicznego została podniesiona nierozdzielnie w związku z możliwością nałożenia kary pieniężnej” oraz że wyrok ów „mówi tylko tyle, że czasami mając do czynienia z porozumieniem wertykalnym zakazany ze względu na jego cel antykonkurencyjny – nie ma interesu publicznego w nałożeniu kary pieniężnej na stronę takiego porozumienia”. Z takim poglądem nie można się zgodzić.

Po pierwsze, owszem w treści argumentacji SN nie znajdziemy (literalnego) odwołania się do analiz ekonomicznych (co nie jest ewenementem w polskiej judykaturze¹⁸). Nie może to wszak dyskredytować konieczności uwzględnienia kontekstu ekonomicznego stosowania wertykalnego ustalania cen odsprzedaży jako zasadniczej okoliczności mającej różnicować RPM szkodliwe dla konkurencji (interesu publicznego) od RPM nieszkodliwych (a wręcz prokonkurencyjnych) – zatem nienaruszających interesu publicznego (z art. 1 ust. 1 uokk); zob. pkt 2 niniejszej glosy.

Po drugie, także literalne rozumienie stanowiska SN wskazuje, iż niekoniecznie poruszoną w nim problematykę interesu publicznego należałoby wiązać wyłącznie („nierozdzielnie”) z zasadami (kryteriami) nakładania kar pieniężnych, tj. w oderwaniu od antymonopolowej kwalifikacji praktyki w świetle art. 6 uokk. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie w każdym przypadku stosowania RPM „dochodzi do zagrożenia interesu publicznego czy też naruszenia wartości istotnych dla prawa antymonopolowego, a także [podkreślenie aut.] aktualizacji – motywowanej każdorazowo

¹⁴ Jak np. praktyki – wywołujące skutki horyzontalne – ustalania cen odsprzedaży farb i lakierów zbywanych przez markety DIY (*Do-It-Yourself*), zob. A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies...*, s. 26 i n. oraz cyt., tam decyzje Prezesa UOKiK.

¹⁵ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. Nr DOK-1/2013 w sprawie Sfinks.

¹⁶ Zob. też A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 1(1), s. 45–48. Autorka ta przytacza przykłady zarówno tych decyzji Prezesa UOKiK ingerujących w RPM, które nie powinny budzić zastrzeżeń co do ich zasadności, jak i tych, które można postrzegać jako co najmniej „bardziej kontrowersyjne”.

¹⁷ S. Syp, *Komentarz do wyr. SN z 15 maja 2014 r. (III SK 44/13) – Podejście do porozumień wertykalnych, nihil novi?*. Pobrano z: www.korporacyjnie.pl.

¹⁸ W krajowym orzecznictwie antymonopolowym trudno bowiem by się takich odwołań (zwłaszcza wprost) doszukiwać. Jakkolwiek warto odnotować tu twierdzenie, jakie padło w wyroku SN z dnia 12 kwietnia 2013 r. III SK 28/12 OSNP 2014/4/63 („I tak przy stricte ekonomicznym podejściu do stosowania reguł konkurencji do indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję zachowanie powoda (...) nie powinno zostać uznane za antykonkurencyjne”).

potrzebą realizacji interesu publicznego – konieczności nałożenia kary pieniężnej (...)" . Z przytoczonego sformułowania, wynika odróżnienie – z jednej strony przypadku, kiedy interes publiczny przemawiać będzie w ogóle za wykluczeniem kwalifikowania RPM jako naruszającego ustawę antymonopolową (w tej sytuacji czyniąc zarazem nałożenie kary automatycznie niedopuszczalnym) od przypadku, kiedy interes ów uwzględniany ma być tylko na etapie wymiaru kary, mogąc przemawiać za odstąpieniem od jej nałożenia mimo (przynajmniej formalnego) naruszenia zakazu z art. 6 uokk – z drugiej.

Dr hab. Konrad Kohutek

profesor Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego