

Standard prawny oceny wertykalnych porozumień cenowych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11

I. Uwagi wprowadzające

W wyroku z dnia 23 listopada 2011 r. SN¹ przedstawił po raz pierwszy w tak wyczerpujący sposób stanowisko dotyczące niezwykle istotnego, zarówno z punktu widzenia przedsiębiorców, jak i Prezesa UOKiK, zagadnienia sposobu analizy na gruncie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów² (dalej: uokik z 2007) porozumień wertykalnych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych³) cen odsprzedaży (*Resale Price Maintenance*) (dalej: RPM). Zagadnienie to jest przedmiotem intensywnej debaty toczącej się od wielu lat, w której ścierają się odmienne poglądy prawników i ekonomistów. Debata ta zyskała bez wątpienia na intensywności po wydaniu w 2007 r. przez SN USA wyroku w sprawie *Leegin*⁴. Jednak jeszcze do niedawna dyskusja ta w zasadzie omijała Polskę⁵. Wyrok SN stanowi zatem istotny głos, zwłaszcza że tego typu porozumienia były bardzo często przedmiotem postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK, co jest również skutkiem tego, że polski program łagodzenia kar pieniężnych dopuszcza ubieganie się przez członków wertykalnych porozumień w sprawach ustalania cen odsprzedaży o odstąpienie przez Prezesa UOKiK od nałożenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (krytycznie Turno, 2013, ss. 387–388, 457–466 oraz wskazana tam literatura). W glosowanym wyroku SN wypowiedział się również odnośnie do innych ważnych kwestii, takich jak: okoliczności, które zobowiązany jest wykazać Prezes UOKiK, aby stwierdzić zawarcie porozumienia wertykalnego; konieczność wyznaczenia rynku właściwego w każdej sprawie (krytycznie Turno, 2015) czy naruszenie interesu publicznego. Niemniej jednak **przedmiotem niniejszej glosy jest tylko ocena przyjętego i zastosowanego przez SN w tym wyroku standardu prawnego odnoszącego się do wertykalnych porozumień ustalających cenę sztywną (lub minimalną)**. Co prawda w nowszym wyroku z dnia 15 maja 2014 r. SN również orzekł w sprawie wertykalnego porozumienia cenowego ustalającego ceny odsprzedaży⁶. Jednakże standard prawny w zakresie oceny takich porozumień nie uległ zmianie. Sąd Najwyższy

¹ LEX nr 1108489, OSNP 2012/21-22/276.

² T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.

³ Przedmiotowa sprawa dotyczyła ustalania tylko sztywnych cen odsprzedaży. Jednakże wszystkie zważenia SN dotyczące anty- i prokonkurencyjnych skutków oraz sposobu analizy tej praktyki można bezpośrednio odnieść również do ustalania minimalnych cen odsprzedaży.

⁴ Wyr. z 28.06.2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Prods. Inc. v. PSKS Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

⁵ W ostatnich kilku latach pojawiło się jednak wiele publikacji na ten temat – zob. Misiejuk, 2004, ss. 83–93; Grzejdzia, 2009, ss. 115–137; Zawłocka-Turno i Turno, 2011, ss. 71–87; Jurkowska-Gomułka, 2012, ss. 44–48; Fidała, 2012, ss. 26–42; Bolecki, 2012b, ss. 103–113; Kohutek, 2013; Aziewicz, 2013, ss. 8–22; Bolecki, 2013, ss. 67–71; Kohutek, 2015.

⁶ III SK 44/13. Pozyskano z: <http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/III%20SK%2044-13.pdf> (31.01.2016).

w tym wyroku wyraźnie podtrzymał wielowątkową argumentację wyrażoną w głosowanym wyroku i generalną klasyfikację cenowych ograniczeń wertykalnych jako ograniczających konkurencję ze względu na cel. Dalsza część rozważań SN w tym wyroku odnosi się do kwestii kary pieniężnej nakładanej za tego typu naruszenia (szerzej Kohutek, 2014, ss. 119–123).

II. Omówienie wyroku

Wyrok SN zapadł w sprawie toczącej się z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z 29 czerwca 2007 r.⁷, w której organ uznał, że Röben Ceramika Budowlana Sp. z o.o. (dalej: Röben) zawarł z 20 dystrybutorami jego towarów porozumienie ograniczające konkurencję polegające na ustalaniu sztywnych cen odsprzedaży dachówki „Röben miedziana” odbiorcom końcowym, przez co naruszył art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁸ (dalej: uokik z 2000 r.), którego odpowiednikiem jest art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r. Sądy kolejnych instancji potwierdziły stanowisko Prezesa UOKiK, oddalając składane przez Röben odwołanie⁹, a następnie apelację¹⁰. Sąd Najwyższy, oddalając skargę kasacyjną Röben, w obszerny sposób, w kontekście stawianych przez powoda zarzutów, zajął stanowisko co do standardu prawnego obowiązującego w zakresie wertykalnych porozumień cenowych na gruncie ustawy.

Sąd Najwyższy pomimo podkreślenia, że porozumienia wertykalne stanowią istotny instrument w kształtowaniu sieci dystrybucji i generalnie uznawane są za prokonkurencyjne z uwagi na ich pozytywny wpływ na konkurencję międzymarkową kosztem zmniejszenia konkurencji wewnątrzmarkowej, podtrzymał jednak dotychczasowe podejście wobec ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, uznając, że tego rodzaju praktyka należy do „oczywistych ograniczeń konkurencji”. Taka klasyfikacja, zdaniem SN, jest prawidłowa „(...) niezależnie od tego czy wyznacznikiem ograniczenia konkurencji jest negatywny wpływ zachowania uczestników porozumienia na zakres wyboru lub interesy ekonomiczne konsumentów, czy też na samą efektywność działania” (pkt 12 wyroku). Uzasadniając swoje stanowisko, SN wskazał, że ustalanie sztywnych cen odsprzedaży skutkuje wyższymi cenami oraz nie pozwala na posługiwanie się ceną przez sprzedawców zbywających substytucyjnie względem siebie towary pochodzące od różnych dostawców do kształtowania konkurencji między towarami tych dostawców i w ten sposób oddziałuje nie tylko na cenową konkurencję wewnątrzmarkową, lecz także na międzymarkową. Ponadto SN przytoczył szereg, wskazywanych w nauce ekonomii i prawa, antykonkurencyjnych skutków ustalania sztywnych cen odsprzedaży, a mianowicie: (a) zaburzenie efektywności alokacyjnej poprzez: kartelizację rynku zarówno na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów; wyższe ceny – zgodnie z koncepcją podnoszenia kosztów konkurentów; wykluczanie z rynku konkurentów dostawców – poprzez wykorzystywanie asymetrii informacji po stronie konsumentów oraz (b) zaburzenie efektywności produkcyjnej poprzez: zmniejszenie innowacyjności i rozwoju na poziomie dostawcy oraz dystrybutorów oraz oferowanie zbędnych usług towarzyszących sprzedaży (pkt 13 i 14 wyroku). Zdaniem SN wskazane antykonkurencyjne skutki ustalania sztywnych cen odsprzedaży powodują, że tego rodzaju porozumienia „budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji *in abstracto*, niezależnie od tego jakie wartości w danym systemie prawnym uważane

⁷ RWR-20/2007.

⁸ T.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

⁹ Wyr. SOKiK z 7.05.2009 r., XVII AmA 140/07.

¹⁰ Wyr. SA w Warszawie z 22.07.2010 r., VI Aca 1105/09.

są za godne ochrony” (pkt 15). W związku z powyższym, ustalanie sztywnych cen odsprzedaży winno nadal należeć do kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel.

Jednocześnie SN zauważył jednak, że w pewnych okolicznościach stosowanie w relacjach wertykalnych sztywnych cen odsprzedaży może mieć prokonkurencyjny charakter i wskazuje na powszechnie akceptowane w literaturze prokonkurencyjne skutki tej praktyki. Zalicza do nich: ułatwienie producentom wprowadzenia na rynek nowych produktów; ograniczenie tzw. efektu gapowicza (*free riding problem* – określanego przez SN jako efekt „jazdy na gapę”) na poziomie dystrybucji; zapewnienie jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci, jak również skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie (pkt 16–18 wyroku). Pomimo akceptacji przez SN pozytywnych skutków tego rodzaju porozumień, wskazuje on jednak, że nie zwalnia go to „z konieczności respektowania ustalonych przez samego ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny porozumień tego rodzaju. Znajdujące zastosowanie w niniejszej sprawie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy wykonawcze do ustawy akcentują bowiem pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz – co wynika z aksjologii ustawy i ustawy zasadniczej (art. 76 Konstytucji) – interesy konsumentów”. Sąd Najwyższy podjął więc rozważania czy w ramach przepisu art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.), który to przepis zakazuje zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jest miejsce na uwzględnienie prokonkurencyjnych aspektów stosowania konkretnego wertykalnego ograniczenia cenowego (pkt 20 wyroku). Odpowiadając na to pytanie SN stwierdził, że porozumienia polegające na ustalaniu cen towarów są wyraźnie wskazane jako zakazane w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r.) oraz, że są zakazane bez względu na wielkość udziału w rynku stron porozumienia oraz wertykalny czy horyzontalny charakter (art. 6 ust. 2 uokik z 2000 r., a obecnie art. 7 ust. 2 uokik z 2007 r.). Ponadto SN potwierdził, że tego rodzaju porozumienia nie korzystają z tzw. wyłączenia grupowego, nie spełniają bowiem przesłanek rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 7 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 uokik z 2007 r.) dotyczącego porozumień wertykalnych. Jednocześnie SN wskazał, że wertykalne porozumienie ustalające sztywną cenę odsprzedaży może nie być zakazanym porozumieniem, gdyby powód wykazał, że spełnione zostały przesłanki indywidualnego wyłączenia spod zakazu przewidziane w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.). Zdaniem SN, o ile należy zaakceptować prawo dostawcy do organizowania promocji cenowych i upewnienie się, że jego zamierzenia zostaną wprowadzone przez dystrybutorów, o tyle kontekst wprowadzenia ceny sztywnej (lub minimalnej) wskazujący „prokonkurencyjny” charakter takiego ograniczenia ma znaczenie wyłącznie na etapie oceny przesłanek zastosowania art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.).

III. Komentarz do wyroku

Komentowany wyrok zasługuje na częściową aprobatę. Należy zgodzić się ze stanowiskiem SN, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży powinno nadal co do zasady pozostać w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot)¹¹. Z uznaniem należy

¹¹ O regulach i konsekwencjach kwalifikowania określonych porozumień do kategorii zakazanych z uwagi na cel zob. szerzej np. Zawłocka-Turno i Turno, 2011, ss. 76–79; Stawicki, 2012, ss. 10–15; Bolecki, 2012a, ss. 16–32; Turno, 2012, ss. 33–51.

również odnieść się do faktu wyartykułowania przez SN szeregu pro-konkurencyjnych skutków tego typu praktyk. Słusznie również SN potwierdza możliwość „tolerowania” konkretnych porozumień ustalających sztywne ceny odsprzedaży, jeśli tylko spełnione są przesłanki ustanowione w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.). Takie stanowisko niewątpliwie przyczynia się do tego, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży ma szansę przestać być postrzegane w Polsce jako *de facto* zakazane *per se*, co obecnie wynika z faktu, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży z samej definicji mieści się w zakresie art. 6 uokik z 2007 r., nie korzysta z wyłączenia *de minimis* oraz z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego. Co więcej, Prezes UOKiK do tej pory nigdy nie zastosował wobec tego rodzaju porozumienia wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień w oparciu o art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r. Tym samym stanowisko SN stanowi również potwierdzenie utrwalonej linii orzeczniczej sądów unijnych, zgodnie z którą każde (przynajmniej teoretycznie) porozumienie – nawet należące do kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel – może skorzystać z wyłączenia indywidualnego spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień¹². Ponadto, wyraźne dopuszczenie przez SN w praktyce możliwości indywidualnego wyłączenia porozumienia ustalającego sztywne (lub minimalne) ceny odsprzedaży spod zakazu porozumień wpisuje się także w obecną politykę Komisji Europejskiej wskazaną w wytycznych dotyczących porozumień wertykalnych¹³. W wytycznych wskazuje bowiem sytuacje, w których byłaby gotowa rozważyć – w ramach art. 101 ust. 3 TFUE¹⁴ – uzasadnione argumenty świadczące o korzyściach płynących z ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży i o zasadności stosowania tego rodzaju praktyki¹⁵.

Niemniej jednak **w podejściu SN do RPM nie ma niestety nic nowego ani odkrywczego**. Sąd Najwyższy w zasadzie ograniczył się do przypomnienia dobrze znanych już wcześniej rozwiązań (które jednak w praktyce są bardzo trudne do zastosowania – jak wyłączenie indywidualne). Szkoda więc, że SN nie poszedł chociaż krok dalej tak, aby podejście do analizy ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży było bliższe nauce ekonomii przy jednoczesnym zachowaniu, co do zasady, klasyfikacji tego rodzaju porozumień jako ograniczających konkurencję ze względu na cel. Należy zatem rozważyć, jak takie zmodyfikowane podejście SN mogłoby wyglądać.

Po pierwsze, **SN mógł dopuścić możliwość wzruszenia przez przedsiębiorcę domniemania antykonkurencyjnych skutków konkretnego porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży już na etapie analizy naruszenia przepisu art. 5 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 uokik z 2007 r.), a nie dopiero na etapie analizy spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.)**. Zaklasyfikowanie określonego rodzaju porozumień do kategorii ograniczeń ze względu na cel wiąże się z domniemaniem ich antykonkurencyjnych skutków (Odudu, 2006, s. 113 i n.; Zawłocka-Turno i Turno, 2011, ss. 76–77)¹⁶. Pomimo że to domniemanie jest bardzo silne, wskazuje się, że może ono zostać wzruszone, jeżeli przedsiębiorca przedstawi dowody świadczące o tym, iż nie można oczekiwać wystąpienia antykonkurencyjnego skutku badanego porozumienia (Bennett i in., 2010, s. 500; Odudu, 2008, s. 11 i n.). Zatem dopuszczalność wzruszenia takiego

¹² Wyr. Sądu z 15.07.1994 r. w sprawie T-17/93 *Matra Hachette*, Zb. Orz. 1994, II-959, pkt 85.

¹³ Obwieszczenie KE – *Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych*, Dz. Urz. UE z 2010 r., C 130/1.

¹⁴ Dz. Urz. UE z 2010 r., C 83/47.

¹⁵ Obwieszczenie KE – *Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych*, pkt 225.

¹⁶ Zob. też obwieszczenie KE – *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu*, Dz. Urz. UE z 2004 r., C 101/97, pkt 21.

domniemania oznaczałaby, że w konkretnym, jednostkowym przypadku, z uwagi na skuteczne wzruszenie domniemania, badane porozumienie nie mieści się jednak w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (np. z uwagi na kontekst ekonomiczny, w jakim jest stosowane) i powinno być analizowane ze względu na skutek.

Niewątpliwie dopuszczenie możliwości wzruszenia takiego domniemania już na etapie analizy naruszenia przepisu art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.), a nie dopiero na etapie udowodniania spełnienia przesłanek z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie 8 ust. 1 uokik z 2007 r.) stanowiłoby istotną (jakościową) zmianę. Ciężar udowodnienia w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, że spełnione są określone w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.) przesłanki do wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień, a więc, że konkretne porozumienie zakwalifikowane jako ograniczające konkurencję z uwagi na cel może być jednak – z uwagi na swoje prokonkurencyjne aspekty – tolerowane (co jest bardzo trudne), spoczywa przecież wyłącznie na przedsiębiorcy. Przykładowo, w sprawie porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, gdzie udział zarówno dostawcy, jak i dystrybutorów w odpowiednich rynkach właściwych wynosi ok. 1%, udowodnienie spełnienia przesłanek z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.) będzie nadal bardzo trudne. Tymczasem wykazanie przez przedsiębiorcę, że w takiej sytuacji nie ma prawdopodobnie żadnej szkody dla dobrobytu konsumentów, zatem badane porozumienie nie powinno być jednak klasyfikowane jako ograniczające konkurencję ze względu na cel (czyli jako naruszające art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.), powinno być relatywnie proste.

W literaturze ekonomicznej wskazuje się, że potencjalne antykonkurencyjne skutki porozumień wertykalnych wynikają głównie ze skutków horyzontalnych tych porozumień tzn. na poziomie produkcji (dostawy) lub dystrybucji. Zatem ustalenie czy porozumienie wertykalne jest antykonkurencyjne zależy w przeważającej mierze od odpowiedzi na pytanie: czy ogranicza ono konkurencję w aspekcie horyzontalnym (Bishop i Walker, 2010, ss. 194–195). Przyjmuje się, że tego rodzaju ograniczenie może wystąpić tylko wtedy, gdy istnieje (znacząca) siła rynkowa na poziomie produkcji (dostawy) lub dystrybucji¹⁷. W literaturze tej zaproponowano więc kryteria, które pozwalałyby wykazać czy w konkretnym przypadku porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży istnieje przekonująca teoria (koncepcja) szkody (*theory of harm*) dla dobrobytu konsumentów:

- 1) istnienie na rynku wyższego szczebla, tj. na poziomie produkcji (dostawy), indywidualnej lub kolektywnej (koncentracja ułatwiająca koordynację producentów – dostawców) siły rynkowej;
- 2) istnienie na rynku niższego szczebla (tj. na poziomie dystrybucji) indywidualnej lub kolektywnej (koncentracja ułatwiająca koordynację dystrybutorów) siły rynkowej;
- 3) istnienie sytuacji, w której większa liczba producentów (dostawców) posiadających łącznie znaczny udział w rynku wyższego szczebla, tj. na poziomie produkcji (dostawy), stosuje porozumienia dystrybucyjne, w których ustalane są sztywne (lub minimalne) ceny odsprzedaży.

Co najmniej jedno ze wskazanych kryteriów musiałoby być spełnione, aby w danej sprawie występowała wiarygodna teoria (koncepcja) szkody (Bennett i in., 2010, s. 510; Reindl, 2010, s. 585)¹⁸. Dlatego w przypadku wykazania przez przedsiębiorcę w toku postępowania przed

¹⁷ D. Elliott, *An Introduction to the Economics of Vertical Restraints*, prezentacja udostępniona przez Autora.

¹⁸ Podobne kryteria zostały zaprezentowane przez Wielką Brytanię w dokumencie przygotowanym dla OECD, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, DAF/COMP(2008)37, s. 212, dokument dostępny pod adresem <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/43835526.pdf>.

Prezesem UOKiK (jeszcze na etapie analizy naruszenia art. 5 uokik z 2000 r., a obecnie art. 6 uokik z 2007 r.), że żadne z ww. kryteriów nie ma miejsca w badanej sprawie, to domniemanie antykonkurencyjnych skutków konkretnego porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (minimalnych) cen odsprzedaży zostałoby wzruszone. W konsekwencji to konkretne porozumienie nie mieściłoby się w kategorii porozumień zakazanych z uwagi na cel (*object box*). Jeśli w takiej sytuacji organ ochrony konkurencji nadal chciałby stwierdzić istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję, to musiałby przeprowadzić jego analizę w oparciu o skutki¹⁹.

Po drugie, **SN (alternatywnie wobec rozwiązania pierwszego) mógł wskazać, że Prezes UOKiK, aby móc zakwalifikować badane porozumienie polegające na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży do kategorii ograniczeń ze względu na cel, musiałby wykazać, że domniemanie antykonkurencyjnych skutków jest zasadne, a zatem, że istnieje w konkretnej sprawie przekonująca teoria szkody.** W tym celu Prezes UOKiK byłby zobowiązany wykazać, że spełnione jest co najmniej jedno z ww. trzech kryteriów. Skutkowałoby to tym, że Prezes UOKiK mógłby uznać, że konkretne porozumienie dotyczące ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży mieści się w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (z uwagi właśnie na spełnienie jednego z ww. kryteriów), natomiast inne tego typu porozumienie (z uwagi na niespełnienie żadnego z ww. kryteriów) nie mieści się w tej kategorii²⁰. Podobne rozwiązanie stosuje się już na gruncie prawa unijnego w sprawach oceny wymiany informacji pomiędzy konkurentami. Wymiana informacji jest traktowana jako porozumienie zakazane z uwagi na cel (przedmiot), gdy obejmuje zindywidualizowane informacje o przyszłych zamierzeniach konkurentów odnośnie do cen czy ilości produkcji/sprzedaży. Natomiast w innych przypadkach wymiana informacji jest analizowana poprzez skutek²¹. Również w USA funkcjonuje podobne rozwiązanie stosowane wobec porozumień polegających na wiązaniu produktów (*tying*). Zgodnie z orzeczeniem SN USA w sprawie *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*²² praktyka ta mieści się w kategorii porozumień zakazanych *per se* pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek, w tym m.in. istnienia siły rynkowej. Warto dodać, że przepisy ustawy nie sprzeciwiają się przecież takiej postulowanej praktyce. W szczególności na przeszkodzie nie stoi przepis art. 7 ust. 3 uokik z 2007 r. Wyłączenie *de minimis* polega bowiem na „tolerowaniu” istniejących czy stwierdzonych ograniczeń konkurencji. Tymczasem wykazanie w konkretnej sprawie teorii szkody ma w ogóle pozwolić na ustalenie czy w pierwszym rzędzie mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji. Stosowanie wyłączenia *de minimis* jest więc ewentualnie działaniem następczym.

Odnosząc się bardziej szczegółowo do niektórych zważeń SN, należy wskazać, iż stwierdzenie przez SN, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży powoduje wyższe ceny, nie pozwala bowiem na posługiwanie się ceną przez sprzedawców zbywających substytucyjnie względem siebie, pochodzące od różnych dostawców, towary do kształtowania konkurencji między towarami tych dostawców i w ten sposób oddziałuje nie tylko na cenową konkurencję wewnątrzmarkową,

¹⁹ Na temat nieporozumień w przeprowadzaniu skutkowej analizy porozumień przez Prezesa UOKiK zob. Turno, 2012, ss. 43–49.

²⁰ Takie podejście (zarówno pierwsze, jak i drugie), przy zachowaniu kwalifikacji RPM jako co do zasady ograniczających konkurencję z uwagi na cel (przedmiot), zbliża reguły oceny RPM do racjonalnych rozwiązań amerykańskich, w których odchodzi się od dychotomicznego podziału na praktyki zakazane *per se* i oceniane poprzez regułę rozsądku. Zamiast tego stosuje się rozwiązania pośrednie takie jak uproszczoną regułę rozsądku (*abbreviated, structured lub truncated rule of reason*) oraz test *quick look* przed zastosowaniem reguły *per se*, które biorą pod uwagę szczegółowe okoliczności ograniczenia wertykalnego, ich przyczynę oraz prawdopodobne skutki. Szerzej zob. Gellhorn i in., 2004, ss. 222–236.

²¹ Zob. pkt. 72–76 Wytycznych KE w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz. Urz. UE z 14.01.2011 r., C 11.

²² 466 U.S. 2 (1984). Zob. również wyr. SN USA w sprawie *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).

lecz także na międzymarkową, wydaje się być zbyt daleko idącym uogólnieniem. Co do zasady uznaje się bowiem, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, pomimo ograniczenia cenowej konkurencji wewnątrzmarkowej, wpływa jednak na zwiększenie konkurencji międzymarkowej. Negatywny wpływ ograniczeń wertykalnych na konkurencję międzymarkową w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia lub zmony – przy czym w przypadku RPM negatywny wpływ ogranicza się jedynie do ryzyka zmony – mógłby mieć miejsce (z powodu tzw. *spill over effect*) tylko w pewnych sytuacjach. A mianowicie, po pierwsze (jak już wskazywano) tylko przy założeniu istnienia siły rynkowej na poziomie produkcji (dostawy) lub dystrybucji. Po drugie, co istotne, dla stwierdzenia negatywnego wpływu na konkurencję międzymarkową (ale również i wewnątrzmarkową), należy ustalić naturę konkurencji na szczeblu detalicznym. Kluczowe jest więc jaka konkurencja w tym zakresie jest istotna i jaki wpływ na nią wywiera ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży i ewentualnie innych (towarzyszących RPM) ograniczeń wertykalnych. Ustalenie natury tej konkurencji w konkretnej sprawie będzie możliwe dopiero po przeanalizowaniu zachowań konsumentów, tzn. w jaki sposób nabywają oni określony towar i co jest dla nich przy tym istotne. Ograniczenia wertykalne oraz ich skutki zależą bowiem od sposobu, w jaki nabywany jest dany towar. Na poziomie dystrybucji możemy więc wyróżnić konkurencję:

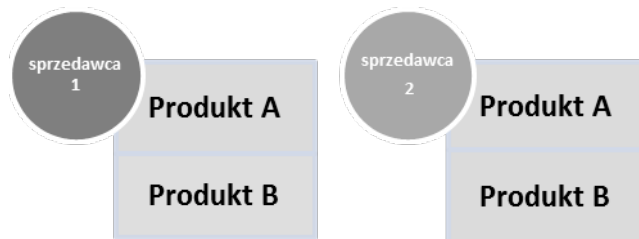
- 1) **wewnątrzmarkową** (pomiędzy towarami tej samej marki) **pomiędzy** (różnymi) **punktami sprzedaży** (*intra-brand competition between*);



- 2) **międzymarkową** (pomiędzy substytucyjnymi towarami różnych marek) **pomiędzy** (różnymi) **punktami sprzedaży** (*inter-brand competition between*);



- 3) **międzymarkową** (pomiędzy substytucyjnymi towarami różnych marek) **wewnątrz/w ramach** (jednego, tego samego) **punktu sprzedaży** (*inter-brand competition within*).



Oczywiście istnieje gradacja tych rodzajów konkurencji. Rodzajem konkurencji najbardziej pożądanym (bo najsilniejszym) jest konkurencja wewnątrzmarkowa pomiędzy różnymi punktami sprzedaży. Z kolei, konkurencja międzymarkowa pomiędzy (różnymi) punktami sprzedaży jest

tym słabsza, im mniejsza jest substytucyjność pomiędzy towarami różnych marek. W końcu, konkurencja międzymarkowa wewnątrz punktu sprzedaży jest najsłabsza i ma znaczenie głównie w przypadku towarów impulsowych. Idealnie – gdy na rynku współistnieją wszystkie te rodzaje konkurencji, wtedy stopień rywalizacji jest największy²³.

Większość typowych ograniczeń wertykalnych powoduje ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej pomiędzy (różnymi) punktami sprzedaży (dotyczy to wyłącznej dystrybucji czy ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży). Z kolei np. zobowiązanie wyłącznego zakupu (*single branding*) eliminuje konkurencję międzymarkową wewnątrz punktu sprzedaży²⁴. Jeśli np. wzięlibyśmy do analizy produkt, jakim są lody, to z punktu widzenia konsumentów najważniejsza wydaje się konkurencja międzymarkowa wewnątrz/w ramach (jednego, tego samego) punktu sprzedaży (czyli *inter-brand competition within*). Wynika to z faktu, że konsumenci lodów (z uwagi na specyfikę tego produktu i sposób jego nabywania) raczej nie porównują ofert w kilku konkurencyjnych punktach sprzedaży, a następnie nie udają się po lody do punktu oferującego najlepsze warunki cenowe. Zatem w przypadku lodów (oraz innych produktów impulsowych) ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży może mieć negatywny wpływ na dobrobyt konsumentów, w sytuacji, w której jednocześnie w tym punkcie sprzedaży mielibyśmy do czynienia z zobowiązaniem wyłącznego zakupu, które wyeliminowałoby konkurencję międzymarkową wewnątrz tego punktu sprzedaży, względnie gdyby wszystkie marki lodów (różnych dostawców) w tym punkcie sprzedaży byłyby objęte RPM (innymi słowy gdyby istniała sieć tego typu porozumień). Natomiast w braku takich dodatkowych ograniczeń wertykalnych (oraz zakładając również brak znaczącej siły rynkowej dostawcy/producenta na rynku wyższego stopnia) samo jedynie ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży lodów jednej marki (powodujące co prawda ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej pomiędzy punktami sprzedaży lodów) raczej nie będzie negatywnie wpływać na dobrobyt konsumentów (albowiem zarówno konkurencja wewnątrzmarkowa pomiędzy punktami sprzedaży, jak i konkurencja międzymarkowa pomiędzy punktami sprzedaży w przypadku lodów i innych produktów impulsowych nie jest dla konsumentów kluczowa). Przy nieograniczonej konkurencji międzymarkowej w punkcie sprzedaży konsument ma bowiem możliwość wyboru innej (konkurencyjnej) marki lodów (w innej cenie).

Z kolei w przypadku towaru, jakim są samochody, najistotniejsza (w pewnym uproszczeniu) wydaje się być (czyli powinna być chroniona) konkurencja międzymarkowa (pomiędzy substytucyjnymi modelami samochodów różnych marek) pomiędzy (różnymi) punktami sprzedaży (czyli *inter-brand competition between*). Nabywcy samochodów (z uwagi na naturę tego produktu, jego cenę i fakt, że większość z nich kupuje go tylko kilka razy w ciągu swojego życia) są bowiem skłonni szukać lepszych ofert u sprzedawców konkurencyjnych marek, porównywać je, testować, nawet jeśli ci sprzedawcy mają swoje salony sprzedaży w różnych miastach często znacznie oddalonych od siebie (np. Warszawa i Poznań). Zatem w przypadku tego towaru ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży będzie ograniczało dobrobyt konsumentów, jeśli istniałaby siła rynkowa na szczeblu producentów samochodów i sieć porozumień RPM pomiędzy producentami różnych marek i ich dealerami (co z kolei skutkowałoby istnieniem kolektywnej siły rynkowej na szczeblu dealerów). Sieć porozumień RPM ogranicza więc nie tylko konkurencję międzymarkową pomiędzy

²³ D. Elliott, *An Introduction to...*

²⁴ *Ibidem*.

punktami sprzedaży, lecz także konkurencję międzymarkową w ramach (jednego, tego samego) punktu sprzedaży (w tym konkretnym przypadku w wielomarkowych salonach samochodowych).

Przywołane dwa przykłady pokazują, że ocena antymonopolowa RPM musi zawsze skupiać się na analizie konkretnych przypadków, mając na uwadze w szczególności dystrybuowany produkt, wzorce zachowań konsumentów odnośnie do zakupów tego towaru (sposobu i zwyczajów w nabywaniu danego towaru), rodzaj konkurencji istotnej dla dystrybucji tego produktu, możliwe inne ograniczenia wertykalne towarzyszące ustalaniu cen odsprzedaży oraz zakres i stopień rywalizacji na rynku, który pozostał po zastosowaniu konkretnego ograniczenia wertykalnego.

Podsumowując, można zatem pokusić się o próbę skonstruowania uproszczonego testu, pomocnego przy ocenie ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży. Analizując, kiedy praktyka ta może być uzasadniona (i nie prowadzi do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r.), należy sobie zadać kilka ważnych pytań. Po pierwsze, **czy ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży powoduje znaczące ograniczenie konkurencji?** Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy:

- 1) ustalić czy istnieje indywidualna bądź kolektywna siła rynkowa na rynku wyższego szczebla (rynku produkcji/dostawy) lub niższego szczebla (rynek dystrybucji)?; względnie czy mamy do czynienia z funkcjonowaniem sieci równoległych porozumień RPM zawieranych przez producentów/dostawców, którzy łącznie posiadają znaczący udział rynkowy?; bez istnienia siły rynkowej czy sieci porozumień RPM twierdzi się, że nie może dojść do ograniczenia konkurencji;
- 2) zrozumieć naturę konkurencji, czyli ustalić, jaka konkurencja na szczeblu detalicznym jest istotna i jaki wpływ na nią wywiera RPM; aby to ustalić, należy przeanalizować:
 - a) sposób, w jaki konsumenci nabywają towar, którego dotyczy RPM i ich typowe zachowania (w tym czy jest to towar złożony, drogi, ile razy nabywany w ciągu życia, w jakich warunkach nabywany, jaka informacja o nabywanym towarze jest dostępna?);
 - b) jakiego rodzaju konkurencja ma miejsce w odniesieniu do towaru, którego dotyczy RPM i jakiego rodzaju konkurencja jest w tym przypadku istotna (wymagająca ochrony)?:
 - wewnątrzmarkowa pomiędzy sklepami (czyli towar tej samej marki sprzedawany w różnych sklepach)?; w braku sieci porozumień, RPM powoduje ograniczenie tylko tej konkurencji;
 - międzymarkowa pomiędzy sklepami (towary różnych marek sprzedawane w różnych sklepach)?;
 - międzymarkowa w ramach sklepu (towary różnych marek w tym samym sklepie)?;
 - c) ile rywalizacji pozostaje przy wprowadzeniu danego rodzaju ograniczenia wertykalnego?;
- 3) ustalić czy w związku z powyższym istnieje ryzyko zmywy na rynku wyższego lub niższego szczebla?

Jeśli odpowiedź na powyższe zasadnicze pytanie jest twierdząca (RPM powoduje znaczne ograniczenie konkurencji), to czy istnieje uzasadnienie dla konkretnego RPM w postaci zwiększenia efektywności? Może to mieć miejsce poprzez:

- 1) zapobieganie efektowi „gapowicza” na poziomie dystrybutorów;
- 2) powstaniu innych efektywności, takich jak zapobieganie efektowi „gapowicza” na poziomie wytwórców czy ograniczenie podwójnej marży (*double monopoly mark up*)²⁵.

²⁵ Szerzej na temat efektywności płynącej z RPM zob. np. Font-Galarza i in., 2013, ss. 2–12.

W końcu, tezą SN wymagającą komentarza jest, że za rygorystycznym podejściem do ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, pomimo akceptacji, że tego typu porozumienia mogą wywoływać prokonkurencyjne skutki, przemawia akcentowanie przez ustawę oraz przepisy wykonawcze pierwszoplanowego znaczenia konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielności kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz – co ma wynikać z aksjologii ustawy i art. 76 Konstytucji RP – interesów konsumentów. Wydaje się jednak, że obecne bardzo restrykcyjne podejście do ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży (prezentowane również przez SN w glosowanym wyroku) chroni w zasadzie tylko jedną wartość, tzn. swobodę niezależnych dystrybutorów w kształtowaniu ceny odsprzedaży, a abstrahuje raczej od ochrony dobrobytu konsumentów. Nie każde jednak ograniczenie swobody przedsiębiorców jest sprzeczne z prawem konkurencji, a tylko takie, które ogranicza konkurencję²⁶. Gdyby bowiem, przy silnej konkurencji międzymarkowej, minimalne lub sztywne ceny odsprzedaży swoim spółkom zależnym (dystrybutorom) narzuciła spółka-matka (dostawca), to przy dokładnie takich samych skutkach ekonomicznych, jakie miałyby miejsce, gdyby praktykę tę zastosował dostawca wobec niezależnych dystrybutorów (spoza jego grupy kapitałowej), nie byłoby podstaw do ingerencji organu antymonopolowego (tylko z uwagi na fakt istnienia jednolitego organizmu gospodarczego). Przy intensywnej i nieograniczonej konkurencji międzymarkowej (pomiędzy różnymi punktami sprzedaży lub wewnątrz jednego, tego samego punktu sprzedaży) konsumenci są w stanie dokonać zakupów towarów konkurencyjnych i nie ogranicza to ich dobrobytu.

Konkludując, warto pamiętać, że ostatecznym celem ingerencji organu antymonopolowego powinna być ochrona dobrobytu konsumentów, a nie samego procesu konkurencji. Nie jest bowiem tak, że to, co jest dobre dla konkurencji, zawsze jest dobre dla konsumentów. Konsumenci w swoich wyborach kierują się szeregiem różnych czynników i organ ochrony konkurencji powinien je mieć na uwadze przy ocenie spraw antymonopolowych, zwłaszcza dotyczących wertykalnych ograniczeń cenowych.

Bibliografia

- Aziewicz, D. (2013). Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji. *iKAR*, 1.
- Bennett, M., Fletcher, A., Giovannetti, E. i Stallibrass, D. (2010). Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy and Small Steps Towards a More Nuanced Policy. W: B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law & Policy*. Huntington: Juris Publishing.
- Bishop, S. i Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Londyn: Sweet & Maxwell.
- Bolecki, A. (2012a). Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej. *iKAR*, 1.
- Bolecki, A. (2012b). Ustalane minimalnych cen odsprzedaży – czas na zmiany. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11 (Röben Ceramika Budowlana). *iKAR*, 3.
- Bolecki, A. (2013). Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji. *iKAR*, 7.
- Fidala, J. (2012). Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych. *iKAR*, 3.

²⁶ Na temat rozumienia zagadnienia „ograniczenia konkurencji” zob. Turno, 2013, ss. 69–72 i wskazana tam literatura.

- Font-Galarza, A., Maier-Rigaud, F.P. i Figueroa, P. (2013). RPM under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, November (1).
- Gellhorn, E., Kovacic, W.E. i Calkins, S. (2004). *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 5. wyd. St. Paul: Thomson West.
- Grzejdziak, Ł. (2009). Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczanie wolności gospodarczej? W: W. Sz wajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK „Dom Organizatora”.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2012). Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. *iKAR*, 1.
- Kohutek, K. (2013). Glosa do wyroku SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11. *LEX* nr 1108489.
- Kohutek, K. (2014). 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. *iKAR*, 6.
- Kohutek, K. (2015). *Antykonkurencyjny cel lub skutek w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży*. Referat wygłoszony na 1. Polskim Kongresie Prawa Konkurencji, Warszawa. Pozyskano z: http://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/K_Kohutek_RPM.pdf (31.01.2016).
- Misiejuk, E. (2004). Narzucanie cen odsprzedaży a ochrona konkurencji. *Problemy Zarządzania*, 3.
- Odudu, O. (2006). *The boundaries of EC Competition Law. The Scope of Art. 81*. Nowy Jork: Oxford University Press.
- Odudu, O. (2008). Restrictions of Competition by Object – What’s the Beef. *Competition Law Journal*.
- Reindl, A.P. (2010). Resale Price Maintenance and Article 81 EC: Developing a More Sensible Analytical Approach. W: B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law & Policy*. Huntington: Juris Publishing.
- Stawicki, A. (2012). Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek: próba rozgraniczenia. *iKAR*, 1.
- Turno, B. (2012). Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 2.
- Turno, B. (2013). *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim systemie prawa ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Turno, B. (2015). *Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych*. Referat wygłoszony na 1. Polskim Kongresie Prawa Konkurencji, Warszawa. Pozyskano z: http://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/B_Turno_Definiowanie_rynk.pdf (31.01.2016).
- Zawłocka-Turno, A. i Turno, B. (2011). Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję z uwagi na cel (przedmiot) w prawie unijnym. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4.

Agata Zawłocka-Turno, LL.M. (KCL)

radca prawny; dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK

dr Bartosz Turno, LL.M. (KCL)

radca prawny; afiliowany przy CARS WZ UW; e-mail: bartoszturmo@gmail.com