

Maciej Marek\*

## Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Ogólne zasady oceny dystrybucji selektywnej
- III. Dystrybucja selektywna na gruncie wyłączeń grupowych
  1. Wyłączenia grupowe
  2. Definicje systemu dystrybucji selektywnej
    - 2.1. Definicja krajowa i definicja unijna
    - 2.2. Wybór dystrybutorów według „określonych kryteriów”
    - 2.3. Zakaz odsprzedaży dystrybutorom z „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system”
    - 2.4. Zobowiązanie się „bezpośrednio lub pośrednio”
  3. Ograniczenie sprzedaży użytkownikom ostatecznym
  4. Ograniczenie dostaw wzajemnych
  5. Łączenie dystrybucji selektywnej z innymi ograniczeniami
    - 5.1. Dystrybucja selektywna i dystrybucja wyłączna
    - 5.2. Dystrybucja selektywna i jednomarkowość
    - 5.3. Dystrybucja selektywna i wyłączność zakupów
    - 5.4. Konsekwencje rozbieżności między rozporządzeniem RM i rozporządzeniem KE
- IV. Indywidualne wyłączenie dystrybucji selektywnej
  1. Metodologia analizy przesłanek wyłączenia indywidualnego
  2. Wyłączenie indywidualne a doktryna Metro
- V. Wnioski

### Streszczenie

Artykuł dotyczy stosowania wyłączeń grupowych i wyłączenia indywidualnego do systemów dystrybucji selektywnej. Autor analizuje warunki skorzystania z polskiego i europejskiego ogólnego wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych oraz możliwość łączenia dystrybucji selektywnej z najpopularniejszymi ograniczeniami dodatkowymi. Autor przedstawia także metodologię stosowaną w orzecznictwie europejskim przy stosowaniu indywidualnego wyłączenia do dystrybucji selektywnej i bada relacje przesłanek wyłączenia indywidualnego do ogólnych przesłanek zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

\* Adwokat; absolwent Uniwersytetu Jagiellońskiego i Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie; członek Instytutu Allerhanda. Specjalizuje się w prawie konkurencji i prawie własności intelektualnej; e-mail: maciej.marek@gmail.com.

**Słowa kluczowe:** dystrybucja selektywna; wyłączenia grupowe; wyłączenia blokowe; wyłączenie indywidualne; doktryna *Metro*.

**JEL:** K210, L420

## I. Wprowadzenie

System dystrybucji selektywnej to sieć wertykalnych porozumień między dostawcą a jego dystrybutorami, które nakładają na dystrybutorów określone obowiązki w zakresie sposobu dystrybucji towarów dostawcy. Najczęściej są to obowiązki dotyczące odpowiedniego wyszkolenia personelu, sposobu prezentowania towaru, urządzenia i oznaczenia salonu sprzedaży w określony sposób oraz zlokalizowania go we właściwym miejscu, zapewnienia określonych usług przedsprzedażowych (np. możliwości przetestowania towaru) lub posprzedażowych (np. usług serwisowych), promowania towarów dostawcy oraz osiągnięcia określonego poziomu obrotów. Jednocześnie umowy tworzące system dystrybucji selektywnej prawie zawsze przewidują zakaz odsprzedaży towarów dystrybutorom spoza systemu (tzw. dystrybutorom nieautoryzowanym).

Dystrybucja selektywna szczególnie dobrze sprawdza się w przypadku skomplikowanych produktów wymagających specjalistycznej obsługi okołosprzedażowej oraz produktów, których wartość w dużym stopniu zależy od wizerunku marki (zwłaszcza produktów luksusowych). Z jednej strony, wraz ze wzrostem zamożności polskiego społeczeństwa coraz więcej producentów złożonych towarów z wyższej półki oraz towarów luksusowych tworzy tu swoje sieci dystrybucji. Z drugiej zaś – krajowi przedsiębiorcy wytwarzają coraz bardziej skomplikowane produkty i coraz lepiej dbają o wizerunek marki. W związku z tym dystrybucja selektywna staje się w Polsce coraz popularniejsza. Jej popularność w znacznym stopniu wynika także z błyskawicznego rozwoju Internetu, który zintensyfikował konkurencję cenową między dystrybutorami<sup>1</sup>. Dystrybucja selektywna – ze względu na swój zamknięty charakter – dobrze nadaje się bowiem do ograniczania nacisków na marże dystrybutorów<sup>2</sup>.

Prawo konkurencji akceptuje dystrybucję selektywną, ale stawia jej daleko idące wymagania. W polskiej literaturze (Skoczny, 1995; Kohutek, 2008a; Kohutek, 2008b) i judykaturze<sup>3</sup> jest wciąż niewiele na jej temat wypowiedzi, a od czasu ich sformułowania ewoluował zarówno stan prawny<sup>4</sup>, jak i orzecznictwo europejskie<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Niniejszy artykuł nie będzie się jednak koncentrował na dopuszczalnych i niedopuszczalnych ograniczeniach sprzedaży *online* w systemach dystrybucji selektywnej, gdyż obszerność tej tematyki wymaga osobnego opracowania. Ogólnie problematykę sprzedaży *online* omawiają: A. Bolecki (2013b), K. Kohutek (2011) oraz B. Targański (2013).

<sup>2</sup> Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01; dalej: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych), pkt 178; wyr. TS z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82 *AEG-Telefunken przeciwko Komisji* (Zb.Orz. 1983, s. 3151), pkt 31.

<sup>3</sup> Wyr. SA z dnia 6.12.1995 r., sygn. akt XVII Amr 47/95 (Wokanda 1997 nr 1, str. 55); wyr. SA z dnia 25.06.1997 r., XVII Ama 19/97 (Wokanda 1998 nr 7, str. 47); wyr. SNo z dnia 28.11.1997 r., sygn. akt I KKN 837/97 (OSNC 1998 nr 6, poz. 96); dec. Prezesa UOKiK z 16.10.2001 r. nr DL WR 26/2001 (Dz. Urz. UOKiK 2001, nr 3, poz. 115); dec. Prezesa UOKiK z 12.12.2001 r. nr DL WR 34/2001 (Dz. Urz. UOKiK 2002 nr 1, poz. 20); dec. Prezesa UOKiK z 8.12.2003 r. nr RWR 39/2003 (Dz. Urz. UOKiK 2004 nr 2, poz. 50); dec. Prezesa UOKiK z 22.01.2004 r. nr RKT-1/2004 (Dz. Urz. UOKiK 2004 nr 2, poz. 293), s. 6; wyr. SOKiK z dnia 7.11.2005 r., XVII Ama 26/04 (Dz. Urz. UOKiK 2006 nr 1, poz. 15); dec. Prezesa UOKiK z 12.12.2005 r. nr RKT-64/2005, niepubl. (uchylona ze względu – jak się wydaje – na wątpliwości co do istnienia pozycji dominującej – zob. dec. Prezesa UOKiK z 12.07.2006 r. nr RKT-45/2006, niepubl.).

<sup>4</sup> Chodzi zwłaszcza o wydanie nowych rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych przez Komisję Europejską i Radę Ministrów oraz opublikowanie nowych wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przez Komisję Europejską.

<sup>5</sup> Chodzi w szczególności o wyroki TSUE w sprawach *Auto24* (wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11 *Auto 24 SARL przeciwko Jaguar Land Rover France SAS*, opubl. w el. Zb. Orz.) oraz *Pierre Fabre* (wyr. TSUE z 13.10.2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre*, Zb.Orz. 2011, s. I-9419).

## II. Ogólne zasady oceny dystrybucji selektywnej

Kryteria oceny systemów dystrybucji selektywnej na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zostały sformułowane po raz pierwszy w sprawie *Metro*<sup>6</sup>. Trybunał Sprawiedliwości wskazał wówczas, że dystrybucja selektywna jest zgodna z art. 85 ust. 1 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE), o ile dobór dystrybutorów opiera się na obiektywnych kryteriach jakościowych odnoszących się do technicznych kwalifikacji dystrybutora, jego pracowników i lokalu, a kryteria te są jednakowe dla wszystkich potencjalnych dystrybutorów i nie są stosowane w sposób dyskryminujący<sup>7</sup>. Dystrybucja selektywna, choć nie kładzie nacisku na konkurencję cenową, nie musi ograniczać konkurencji, ponieważ konkurencja cenowa nie jest jedyną formą konkurencji<sup>8</sup>.

Doktryna *Metro* była precyzowana i uzupełniana w kolejnych orzeczeniach. W szczególności w sprawie *L'Oréal* dodano, że charakterystyka danego towaru musi wymagać dystrybucji selektywnej dla zachowania jego jakości lub zapewnienia jego prawidłowego używania, a nałożone na dystrybutorów ograniczenia nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tych celów<sup>9</sup>.

Dystrybucja selektywna spełniająca kryteria doktryny *Metro* (i niemieszcząca się w związku z tym w hipotezie art. 101 ust. 1 TFUE) zwana jest „czysto jakościową”<sup>10</sup> lub „prostą”<sup>11</sup>. Z orzeczenia *Metro* oraz orzeczeń rozwijających doktrynę *Metro* wywodzi się następujące warunki uznania dystrybucji selektywnej za zgodną z art. 101 ust. 1 TFUE (tj. „czysto jakościową”):

- 1) produkt wymaga dystrybucji selektywnej (tj. ze względu na jego szczególny charakter<sup>12</sup> dystrybucja selektywna jest w danym przypadku obiektywnie niezbędna dla zachowania jego jakości lub zapewnienia jego właściwego użytkowania<sup>13</sup>);
- 2) dystrybutorzy są wybierani na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym (które – jak się zwykle uzupełnia – „odnoszą się do technicznych kwalifikacji dystrybutora i jego pracowników oraz lokalu w którym prowadzi on działalność”<sup>14</sup>), jednolitych oraz stosowanych w sposób niedyskryminujący;
- 3) stosowane kryteria nie wykraczają poza to, co jest konieczne<sup>15</sup> (dla zapewnienia jakości lub właściwego użytkowania towarów – przesłanka proporcjonalności).

<sup>6</sup> Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1977, s. 1875).

<sup>7</sup> Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 20: „selective distribution systems constituted, together with others, an aspect of competition which accords with Article 85(1), provided that resellers are chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the reseller and his staff and the suitability of his trading premises and that such conditions are laid down uniformly for all potential resellers and are not applied in a discriminatory fashion”.

<sup>8</sup> Wyr. TS z 25.10.1977 w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 21; w orzeczeniu *Metro II* (Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko Komisji (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021)) Trybunał wskazał dodatkowo, że ograniczenie konkurencji cenowej wynika z konieczności ponoszenia przez dystrybutorów autoryzowanych dodatkowych kosztów i jest nieodłącznym elementem dystrybucji selektywnej (pkt 45); podobnie: wyr. TS z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82 *AEG-Telefunken* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1983, s. 3151), pkt 34.

<sup>9</sup> Wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko PVBA (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 15–16.

<sup>10</sup> Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175.

<sup>11</sup> Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko Komisji (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 40.

<sup>12</sup> Co podlega ocenie *a casu ad casum*. Uogólniając można powiedzieć, że dystrybucję selektywną uzasadniają przede wszystkim produkty zaawansowane technicznie (zob. np. dec. Komisji z 18.04.1984 r. w sprawie IV/30.849 *IBM personal computer*, Dz. Urz. UE L 118/24), produkty których wartość w dużym stopniu zależy od wizerunku marki (zob. np. wyr. SPI z 12.12.1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'Achat Édouard Leclerc* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1996, s. II-01961), pkt 105-117) oraz gazety (wyr. z 3.07.1985 r. w sprawie 243/83 *SA Binon & Cie* przeciwko *SA Agence et messageries de la presse* (Zb.Orz. 1985, s. 02015), pkt 32).

<sup>13</sup> Wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko PVBA (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 16.

<sup>14</sup> Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 20; wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko PVBA (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 16.

<sup>15</sup> Wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko PVBA (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 16.

Niekiedy jako dodatkowy warunek wskazuje się, że nagromadzenie na danym rynku wielu sieci dystrybucji jakościowej nie może eliminować „realnej konkurencji”<sup>16</sup>. Systemy dystrybucji stosujące dalsze kryteria, które „w bardziej bezpośredni sposób”<sup>17</sup> ograniczają liczbę dealerów, zwane są systemami ilościowymi<sup>18</sup> lub mieszanymi (Kohutek, 2008a, s. 248).

Ze względu na podobieństwo polskiego i europejskiego prawa konkurencji w doktrynie postuluje się stosowanie kryteriów oceny dystrybucji selektywnej wypracowanych w orzecznictwie europejskim także na gruncie prawa krajowego (Kohutek, 2008a, s. 243; Sage, 2008, s. 223). Istotnie, choć orzeczeniom sądów wspólnotowych można by niekiedy zarzucać nadmierną kazuistykę i arbitralność, próba stworzenia nowych kryteriów oceny w prawie polskim prawdopodobnie prowadziłaby jedynie do skomplikowania oceny prawnej ze szkodą dla przedsiębiorców<sup>19</sup>. Dlatego z uznaniem należy odnotować, że przy ocenie dystrybucji selektywnej polskie orzecznictwo antymonopolowe odwołuje się (choć niezbyt konsekwentnie) do kryteriów doktryny *Metro*<sup>20</sup> lub podobnych<sup>21</sup>.

Doktryna *Metro* jest nie tylko kazuistyczna, lecz także rygorystyczna. Niewiele funkcjonujących systemów dystrybucji selektywnej można uznać za systemy czysto jakościowe (Gurin i Peepkorn, 2014, pkt 9.250). W związku z tym ocena legalności dystrybucji selektywnej wymaga zwykle analizy przesłanek wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zarówno polskie, jak i europejskie prawo konkurencji przewidują dwa rodzaje wyłączeń: wyłączenie indywidualne (tj. możliwość powołania się w konkretnej sprawie na art. 8 ust. 1 uokik lub art. 101 ust. 3 TFUE) oraz wyłączenia grupowe (wynikające z rozporządzeń wydawanych przez Radę Ministrów i Komisję Europejską).

### III. Dystrybucja selektywna na gruncie wyłączeń grupowych

#### 1. Wyłączenia grupowe

Najszerszy zakres zastosowania i największe znaczenie praktyczne mają ogólne grupowe wyłączenia dla porozumień wertykalnych wynikające z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>22</sup> (dalej: rozporządzenie RM) oraz rozporządzenia Komisji Europejskiej 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<sup>23</sup> (dalej: rozporządzenie KE). Przepisy rozporządzeń RM i KE są bardzo

<sup>16</sup> Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro przeciwko Komisji* (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 42; praktyczne znaczenie efektu skumulowanego przy analizie jakościowych systemów dystrybucji jest jednak istotnie ograniczone, ponieważ – zdaniem Trybunału – jakościowa dystrybucja selektywna co do zasady intensyfikuje (a nie ogranicza) konkurencję – zob. np. wyr. SPI z 12.12.1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'Achat Édouard Leclerc przeciwko Komisji* (Zb.Orz. 1996, s. II-01961), pkt 172, 183.

<sup>17</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175 *in fine*. Pośrednio ograniczeniem liczby dealerów mogą bowiem skutkować także kryteria czysto jakościowe (jeśli nie wszyscy chętni dealerzy mogą lub chcą je spełnić).

<sup>18</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175 *in fine*.

<sup>19</sup> Zwłaszcza w przypadkach, gdy system dystrybucji selektywnej może wpływać na handel między państwami członkowskimi (co może mieć miejsce także wtedy, gdy taki system dystrybucji został wprowadzony tylko w jednym kraju). Zob. J. Faull, L. Kjølbye, L. Henning i A. Nikpay (2014, pkt 3.391).

<sup>20</sup> Wyr. SA z 6.12.1995 r., sygn. akt XVII Amr 47/95 (Wokanda 1997 nr 1, str. 55); dec. Prezesa UOKiK z 12.12.2005 r. nr RKT-64/2005, niepubl. (uchylona ze względu – jak się wydaje – na wątpliwości co do istnienia pozycji dominującej – zob. dec. Prezesa UOKiK z 12.07.2006 r. nr RKT-45/2006, niepubl.), s. 15; dec. Prezesa UOKiK z 22.01.2004 r. nr RKT-1/2004 (Dz. Urz. UOKiK 2004 nr 2, poz. 293), s. 6.

<sup>21</sup> W wyr. z dnia 28.11.1997 r. SN potwierdził, że kryteria wyboru dystrybutorów powinny być obiektywne (choć nie wymagały aby kryteria były jakościowe ani aby produkt miał szczególny charakter) – wyr. SN z 28.11.1997 r., sygn. akt I CKN 837/97 (OSNC 1998 nr 6, poz. 96).

<sup>22</sup> Dz. Urz. Nr 81, poz. 441.

<sup>23</sup> Dz. Urz. L 102 z 23.4.2010, s. 1–7.

podobne, ponieważ polskie rozporządzenie było wzorowane na rozporządzeniu unijnym (Piszcz, 2013, s. 4).

Wyłączenia grupowe dla porozumień wertykalnych skonstruowane są w taki sposób, że podmioty posiadające odpowiednio niskie udziały w rynku właściwym (nie wyższe niż 30% – § 8 ust. 1 rozporządzenia RM, art. 3 ust. 1 rozporządzenia KE<sup>24</sup>) muszą jedynie zapewnić, że porozumienie między nimi nie zawiera tzw. klauzul czarnych (*hardcore restrictions* – §11 rozporządzenia RM, art. 4 rozporządzenia KE) ani tzw. postanowień wyłączonych (*excluded restrictions*) zwanych w Polsce klauzulami szarymi (Miąsik, 2009, nb. 228) (§ 12 rozporządzenia RM, art. 5 rozporządzenia KE<sup>25</sup>). Jeśli żadne z tych postanowień w porozumieniu nie występuje, w całości podlega ono wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nawet jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Porozumienia wertykalne składające się na system dystrybucji selektywnej także mogą korzystać z ogólnych wyłączeń grupowych<sup>26</sup>. Wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję może podlegać w szczególności kluczowy dla funkcjonowania dystrybucji selektywnej zakaz odsprzedaży towarów nieautoryzowanym dystrybutorom (§ 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM, art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE). Jednakże wyjątki zezwalające na zakazanie dystrybutorom odsprzedaży towarów poza system odnoszą się wyłącznie do „systemu dystrybucji selektywnej” (§ 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM, art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE). Możliwość skorzystania z wyłączenia grupowego przez system dystrybucji selektywnej jest więc w pierwszym rzędzie uzależniona od tego czy dany system dystrybucji odpowiada definicji „systemu dystrybucji selektywnej” z rozporządzeń.

## 2. Definicje systemu dystrybucji selektywnej

### 2.1. Definicja krajowa i definicja unijna

Oba rozporządzenia definiują dystrybucję selektywną w nieco inny sposób. Zgodnie z § 3 pkt 5 rozporządzenia RM system dystrybucji selektywnej to:

*system dystrybucji, 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 odsprzedać 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.*

Natomiast zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE system dystrybucji selektywnej oznacza:

*system dystrybucji, w którym dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych*

<sup>24</sup> Jeśli jednak udział którejkolwiek strony wzrośnie powyżej 30% już po zawarciu porozumienia, przez pewien czas strony mogą nadal korzystać z wyłączenia (§ 8 ust. 2 Rozporządzenia RM, art. 7 lit. d) i e) rozporządzenia KE).

<sup>25</sup> Choć, jak zostanie pokazane, lista z § 12 rozporządzenia RM w obecnym brzmieniu jest w istocie listą klauzul czarnych, a nie klauzul szarych (wyłączonych).

<sup>26</sup> § 4 rozporządzenia RM wskazuje nawet wprost, że wyłączenie w nim przewidziane stosuje się także do dystrybucji selektywnej (pod warunkiem spełnienia warunków określonych w tym rozporządzeniu).

*kryteriów, którzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom na zarezerwowanym przez dostawcę obszarze objętym tym systemem.*

Pomiędzy powyższymi definicjami występują znaczne podobieństwa, ale i pewne różnice. Część z nich ma charakter czysto językowy, niektóre mogą jednak – przynajmniej *prima facie* – rodzić rozbieżności interpretacyjne. Można zwrócić uwagę zwłaszcza na omówione w podpunktach 2.2.–2.4.

## 2.2. Wybór dystrybutorów według „określonych kryteriów”

Rozporządzenie KE stanowi, że w ramach dystrybucji selektywnej dostawca zobowiązuje się odsprzedawać towary jedynie dystrybutorom wybranym według „określonych kryteriów”, natomiast rozporządzenie RM mówi o kryteriach „określonych w tym porozumieniu” (tj. w porozumieniu dystrybutorem).

Pojęcie „określonych kryteriów” było przedmiotem analizy Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Auto 24*<sup>27</sup>. Pozwany producent (Jaguar Land Rover France SAS) stosował ilościową dystrybucję selektywną. Powód (Auto 24 SARL – dystrybutor ubiegający się o dopuszczenie do sieci dystrybucji Jaguara) twierdził, że stosowane przez pozwanego kryteria wyboru dystrybutorów powinny być obiektywne, jednolite i niedyskryminujące<sup>28</sup>. Trybunał przyjął, że przez wyrażenie „określone kryteria” należy rozumieć „kryteria, których dokładną treść można sprawdzić”<sup>29</sup>, ale w przypadku systemu ilościowej dystrybucji selektywnej „nie jest konieczne, aby opierał się on na kryteriach, które są obiektywnie uzasadnione oraz stosowane w jednolity i nieodróżnicowany sposób wobec wszystkich wnioskujących o autoryzację”<sup>30</sup> ani by kryteria te były publikowane<sup>31</sup>. Sprawa *Auto 24* dotyczyła co prawda (nieobowiązującego już) rozporządzenia Komisji o wyłączeniu grupowym dla sektora motoryzacyjnego, jednakże stanowisko Trybunału zachowuje aktualność także na gruncie analogicznych definicji dystrybucji selektywnej z Rozporządzenia KE (Gurin i Peepkorn, 2014, pkt 9.254). Z pojęcia „określoności” kryteriów wynika zatem jedynie, że kryteria wyboru dystrybutorów powinny być weryfikowalne. Nie wynika z niego natomiast, że muszą być zawarte w porozumieniu z dystrybutorem (mogą być więc określone w zewnętrznym dokumencie<sup>32</sup>) ani opublikowane. Definicja nie wymaga również, aby kryteria wyboru dystrybutorów były jakościowe, jednolite, proporcjonalne i stosowane w sposób niedyskryminujący lub dystrybucja selektywna była niezbędną ze względu na naturę produktu<sup>33</sup>. **Z dobrodziejstwa rozporządzenia KE korzysta zatem tak dystrybucja jakościowa, jak i ilościowa (również czysto ilościowa)** (Kohutek, 2008a, s. 248; Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.46)<sup>34</sup>. Dostawca może więc w szczególności ustalić maksymalną liczbą dealerów na danym terytorium i nie przyjmować kolejnych, nawet jeśli spełnialiby pozostałe kryteria (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.51). Ponadto, skoro kryteria nie muszą

<sup>27</sup> Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11 *Auto 24 SARL przeciwko Jaguar Land Rover France SAS* (opubl. w el. Zb. Orz.).

<sup>28</sup> Ibidem, pkt 23.

<sup>29</sup> Ibidem, pkt 39.

<sup>30</sup> Ibidem, pkt 39.

<sup>31</sup> Ibidem, pkt 31.

<sup>32</sup> Jak to miało to miejsce w przypadku kryterium *numerus clausus* stosowanym w sprawie *Auto 24* – wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11 *Auto 24 SARL przeciwko Jaguar Land Rover France SAS* (opubl. w el. Zb.Orz.), pkt 18.

<sup>33</sup> Co potwierdzają wytyczne Komisji: „Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych przewiduje wyłączenie dystrybucji selektywnej niezależnie od charakteru danego produktu oraz charakteru kryteriów wyboru” – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 176.

<sup>34</sup> Jeśli jednak charakter produktu nie uzasadnia dystrybucji selektywnej lub określonych kryteriów i jednocześnie występują „znaczące skutki antykonkurencyjne”, przywilej wyłączenia grupowego z rozporządzenia KE może być wycofany – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 176 i 179.

być stosowane w sposób niedyskryminujący, to samo kryterium może konkretyzować się w różny sposób w odniesieniu do różnych dystrybutorów. W konsekwencji na gruncie rozporządzenia KE dopuszczalne (i niewymagające obiektywnego uzasadnienia) jest na przykład wymaganie od jednego dystrybutora posiadania salonu sprzedaży o powierzchni 100 m<sup>2</sup>, a w przypadku innego – akceptowanie salonu wielkości 50 m<sup>2</sup> (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.50). Kryteria wyboru nie muszą być zatem również określone na tyle szczegółowo, aby całkowicie odebrać dostawcy swobodę oceny czy w konkretnym przypadku dane kryterium zostało spełnione<sup>35</sup>.

Natomiast odczytywana literalnie definicja z rozporządzenia RM wymaga nie tylko by kryteria były „określone”, lecz także aby były określone w porozumieniu z dystrybutorem i aby dostawca zobowiązał się wobec dystrybutora do sprzedawania towarów wyłącznie dystrybutorom wybranym według tych kryteriów. Jest to dość istotna różnica. Niektóre kryteria (np. wykszolenie personelu) stanowią co prawda naturalny element każdej umowy dystrybucji selektywnej, inne jednak rzadko się w nich pojawiają (np. *numerus clausus* dystrybutorów na danym obszarze). *De lege lata* polskie rozporządzenie wyłączeniowe wymaga zatem wpisania<sup>36</sup> kryteriów wyboru dystrybutorów do umowy z dystrybutorami. Utrudnia to dostawcom skorzystanie z wyłączenia i znacząco ogranicza ich swobodę w porównaniu z wyłączeniem unijnym, ewentualna zmiana kryteriów może bowiem wymagać zmiany umów z dotychczasowymi dystrybutorami.

Obecnie obowiązujące rozporządzenie RM nie wymaga natomiast, aby kryteria były jakościowe, jednolite dla wszystkich dystrybutorów, proporcjonalne czy niedyskryminujące<sup>37</sup>, co w pewnym stopniu ogranicza konsekwencje wskazanej wyżej rozbieżności. Wydaje się bowiem, że także na gruncie rozporządzenia RM kryteria wyboru mogą być sformułowane ogólnie i konkretyzowane w odmienny sposób w odniesieniu do poszczególnych dystrybutorów (bez konieczności obiektywnego uzasadnienia tych odmierności).

### 2.3. Zakaz odsprzedaży dystrybutorom z „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system”

Druga różnica między definicjami z obu rozporządzeń dotyczy opisu terytorium, na jakim dostawca wprowadził zakaz odsprzedaży dystrybutorom nieautoryzowanym. Rozporządzenie RM mówi o „terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie”, natomiast rozporządzenie KE wspomina jedynie o „zarezerwowanym przez dostawcę obszarze objętym tym systemem”.

Powyższej różnicy towarzyszy rozdźwięk pomiędzy brzmieniem wyjątków zezwalających dostawcy na zamknięcie systemu, tj. zakazanie odsprzedaży towarów poza system. Mianowicie polskie rozporządzenie zezwala na zakazanie odsprzedaży dystrybutorom nienależącym do systemu dystrybucji selektywnej „na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie” (§ 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM), podczas gdy rozporządzenie KE pozwala na wprowadzenie takiego zakazu „na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system” (art. 4 lit. b pkt iii rozporządzenia

<sup>35</sup> Pewna doza dyskrecjonalności dostawcy jest charakterystyczna dla dystrybucji selektywnej – zob. J.T. Lang (1985, s. 331).

<sup>36</sup> Trzeba bowiem przyjąć, że skoro kryteria powinny być obiektywnie weryfikowalne, to niewystarczające byłoby ustalenie niektórych kryteriów jedynie w formie ustnej lub w sposób dorozumiany.

<sup>37</sup> Pierwsze polskie rozporządzenie wyłączeniowe (z 2002 r.) stanowiło, że kryteria powinny być jakościowe, co słusznie poddano krytyce, wskazując, że dystrybucja jakościowa w ogóle nie narusza zakazu porozumień ograniczających konkurencję – zob. E.D. Sage (2008, s. 223).

KE). Różnica pomiędzy definicją „dystrybucji selektywnej” z rozporządzenia KE (art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE) a sformułowaniem użytym w art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE jest prawdopodobnie konsekwencją błędnego tłumaczenia, w wersji angielskojęzycznej rozporządzenia KE w obu miejscach użyto bowiem dokładnie tego samego zwrotu (*within the territory reserved by the supplier to operate that system*). Nie należy zatem doszukiwać się różnic pomiędzy „zarezerwowanym przez dostawcę obszarze objętym tym systemem” (art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE) a „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system” (art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE). Pozostaje jednak pytanie: czy wymienione zwroty użyte w rozporządzeniu KE merytorycznie różnią się od zwrotu użytego w rozporządzeniu RM („terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie”).

Z Wytycznych Komisji wynika, że przez zwrot (a w polskiej wersji językowej – zwroty) użyty w rozporządzeniu KE należy rozumieć terytorium „na którym aktualnie działa taki system lub na którym dostawca jeszcze nie prowadzi sprzedaży produktów objętych porozumieniem”<sup>38</sup>. Na gruncie rozporządzenia KE dopuszczalne jest zatem zakazanie odsprzedaży towarów dystrybutorom nieautoryzowanym znajdującym się na terytorium, na którym dostawca aktualnie stosuje dystrybucję selektywną, a także na terytorium, na którym dostawca w ogóle nie prowadzi jeszcze sprzedaży produktów objętych porozumieniem (w żadnym systemie). Rozporządzenie RM także pozwala zakazać odsprzedaży dystrybutorom spoza terytorium, na którym aktualnie działa dystrybucja selektywna, ale tylko jeśli dostawca „podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić” tam działalność w systemie dystrybucji selektywnej. Jest wątpliwe, aby wskazana różnica była efektem celowego zabiegu. Anna Piszcz zwraca uwagę, że zmiany w rozporządzeniu RM z 2011 r. w stosunku do rozporządzenia o wyłączeniu grupowym z 2007 r. miały służyć raczej zbliżeniu polskiej regulacji do nowego rozporządzenia KE (poprzednie rozporządzenie w ogóle nie wspominało o terytorium) (Piszcz, 2013, s. 4).

Pozostawiając na boku ocenę spójności między intencjami a działaniami polskiego prawodawcy, można zauważyć, że literalne interpretowanie omawianych fragmentów obu rozporządzeń prowadzi do podobnych rezultatów. O podjęciu działań świadczących o zamiarze prowadzenia na danym terytorium sprzedaży w systemie dystrybucji selektywnej (czego wymaga rozporządzenie krajowe) nie świadczy samo zakazanie dystrybutorom odsprzedaży dystrybutorom z tego terytorium (czyniłoby to zresztą omawiany wymóg bezprzedmiotowym). Jeśli jednak dostawca zakazuje odsprzedaży dystrybutorom z danego terytorium, a jednocześnie nie prowadzi na tym terytorium sprzedaży w żadnym innym systemie dystrybucji, można przyjąć, że dostawca podjął kroki świadczące o zamiarze prowadzenia tam sprzedaży w systemie dystrybucji selektywnej. Wskazuje to bowiem, że dostawca chce zachować na tym terytorium określoną jakość dystrybucji (a nie sprzedawać w jakikolwiek sposób), czemu służy właśnie dystrybucja selektywna.

W konsekwencji wydaje się, że zwroty:

- „zarezerwowany przez dostawcę obszar objęty tym systemem” (art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE),
- „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system” (art. 4 lit. b pkt iii rozporządzenia KE) oraz

<sup>38</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 55.



- „terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie” (§ 3 pkt 5 oraz § 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM),  
można wyklądać w taki sam sposób.

#### 2.4. Zobowiązanie się „bezpośrednio lub pośrednio”

Trzecia różnica między przytoczonymi wcześniej definicjami dystrybucji selektywnej polega na użyciu zwrotu „bezpośrednio lub pośrednio” w nieco innym kontekście. W rozporządzeniu KE zwrot ten odniesiono do pojęcia „sprzedaży” („[...] dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów [...]”) natomiast w rozporządzeniu krajowym dotyczy on „zobowiązania się” („[...] dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać [...]”).

Zwrot „pośrednio lub bezpośrednio zobowiązuje się sprzedawać” (użyty w rozporządzeniu RM) potwierdza możliwość tworzenia systemów, w których dopuszczenie kolejnego dystrybutora i zawarcie umowy dystrybucyjnej następuje przez pośrednika działającego z upoważnienia dostawcy (np. przez dystrybutora hurtowego). Dopuszczalność pośredniego autoryzowania dystrybutorów wynika z ogólnych zasad prawa cywilnego i nie budzi wątpliwości także na gruncie prawa UE – również poza wyłączeniem grupowym<sup>39</sup>. Natomiast sposób użycia zwrotu „bezpośrednio lub pośrednio” w rozporządzeniu KE wskazuje, że dostawca, choć musi sprzedawać towary wyłącznie dystrybutorom wybranym na podstawie określonych kryteriów, nie musi robić tego bezpośrednio, lecz także za pośrednictwem podmiotów (dystrybutorów hurtowych), które – w domyśle – nie muszą spełniać tych samych kryteriów. Potwierdza to możliwość oddzielenia hurtowego i detalicznego szczebla dystrybucji selektywnej z różnymi kryteriami dla każdego z nich. Niemniej jednak nawet poza wyłączeniem (tj. na gruncie doktryny *Metro*) możliwość odmiennego traktowania dystrybutorów detalicznych i dystrybutorów hurtowych nie budzi wątpliwości<sup>40</sup>, a dopuszczenie tej praktyki wydaje się wręcz nieodzowne (nakładanie na hurtowników tych samych wymogów, które stosuje się wobec detalistów, stałoby zwykle w sprzeczności z różnymi funkcjami, jakie pełnią obie kategorie pośredników). Wydaje się więc, że rozdzielenie szczebla detalicznego i hurtowego z różnymi kryteriami wyboru trzeba uznać za dopuszczalne także na gruncie rozporządzenia RM<sup>41</sup>. Omawiana różnica zachodziła także między poprzednim rozporządzeniem krajowym<sup>42</sup> a poprzednim rozporządzeniem Komisji<sup>43</sup> i pomimo tego w doktrynie wskazywano, że rozporządzenie krajowe w pełni odwzorowuje rozporządzenie unijne (Kohutek, 2008a, s. 240).

<sup>39</sup> Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko Komisji (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 12; dec. Komisji z 21.12.1993 r. w sprawie IV/29.420 *Grundig's EC distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/15), pkt 11.

<sup>40</sup> Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko Komisji (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 8; dec. Komisji z 16.12.1985 r. w sprawie IV/30.665 *Villeroy & Boch* (Dz. Urz. UE L 376/15), pkt 11 i 15; dec. Komisji z 21.12.1993 r. w sprawie IV/29.420 *Grundig's EC distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/15), pkt 10 i 16.

<sup>41</sup> Inną kwestią jest, czy na gruncie rozporządzenia RM kryteria dla hurtowników powinny być wskazane w umowach z detalistami (stosownie do omówionego wyżej wymogu, zgodnie z którym kryteria wyboru dystrybutorów powinny być określone w porozumieniach z dystrybutorami). Choć brzmienie definicji mogłoby sugerować odpowiedź twierdzącą, wydaje się, że nie było to intencją prawodawcy, a kryteria dla różnych kategorii dystrybutorów nie muszą znajdować się w każdej umowie.

<sup>42</sup> Tj. rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. Urz. Nr 230, poz. 1691).

<sup>43</sup> Tj. rozporządzeniem Komisji nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 336, s. 21).

### 3. Ograniczenie sprzedaży użytkownikom ostatecznym

Poza samą definicją przy ocenie systemu dystrybucji selektywnej zasadnicze znaczenie mają także wyjątki odbierające dobrodziejstwo wyłączenia grupowego systemom dystrybucji selektywnej, które ograniczają sprzedaż ostatecznym użytkownikom. Zgodnie z § 11 pkt 3 rozporządzenia RM wyłączeniu grupowemu nie podlegają porozumienia wertykalne, które mają na celu ograniczenie „dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym, z wyjątkiem ograniczenia możliwości prowadzenia przez nich sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu wertykalnym będącym podstawą utworzenia systemu dystrybucji selektywnej”. Przytoczone postanowienie mówi o ograniczeniu „możliwości prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym”, nie precyzując jednak, o jakie ograniczenia chodzi i czyniąc wyjątek jedynie dla „ograniczenia możliwości prowadzenia [...] sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu będącym podstawą utworzenia systemu [...]”. Sformułowanie to jest na tyle ogólne, że można by się zastanawiać, jak traktować np. wymóg wyszkolenia personelu czy też wymóg zapewnienia odpowiednich usług przedsprzedażowych i czy takie ograniczenia (w przeciwieństwie do ograniczeń „możliwości prowadzenia [...] sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów” należy uznać za wyjęte z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego. Literalna wykładnia przytoczonego fragmentu mogłaby sugerować odpowiedź twierdzącą, ponieważ każdy wymóg nałożony na detalistów w pewien sposób ogranicza swobodę prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym. Przeciwno niej przemawiają jednak zdecydowanie względy funkcjonalne – pozbawienie możliwości grupowego wyłączenia wszelkich wymogów wpływających na sprzedaż ostatecznym użytkownikom, nawet wymogów czysto jakościowych, nie miałyby racjonalnego uzasadnienia i pozbawiałoby wyłączenie grupowe praktycznego znaczenia w odniesieniu do systemów dystrybucji selektywnej.

Nieco inaczej sformułowany został europejski odpowiednik §11 pkt 3 rozporządzenia RM, tj. art. 4 lit. c rozporządzenia KE. Zgodnie z tym przepisem wyłączeniu nie podlegają porozumienia mające na celu: „ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych, bez uszczerbku dla możliwości zabronienia tym dystrybutorom prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych”. Od polskiego odpowiednika odróżnia go przede wszystkim wzmianka, że chodzi w nim o ograniczenia sprzedaży „aktywnej lub pasywnej”. *Prima facie* dodanie tego zwrotu zmienia niewiele, bliższa analiza wskazuje jednak, że niesie on ze sobą istotną informację. Pojęcia sprzedaży pasywnej i aktywnej służą rozgraniczeniu dopuszczalnego i niedopuszczalnego ograniczania dystrybutorowi możliwości prowadzenia sprzedaży na rzecz klientów lub na terytoria przydzielone na wyłączność innemu dystrybutorowi w systemie dystrybucji wyłącznej<sup>44</sup>. Ograniczanie możliwości prowadzenia aktywnej sprzedaży na terytorium lub do grupy klientów innego dystrybutora wyłącznego jest dopuszczalne, niedopuszczalne jest natomiast ograniczanie sprzedaży pasywnej na takie terytorium lub do takiej grupy klientów<sup>45</sup>. O ograniczeniach sprzedaży aktywnej lub pasywnej mówi się zatem nie w kontekście ogólnych ograniczeń nakładanych na dystrybutorów (np. wymogów dotyczących wyszkolenia personelu

<sup>44</sup> I, jak wskazuje Bartosz Targański (2013, s. 19), wywodzą się one jeszcze z grupowego wyłączenia dla systemów dystrybucji wyłącznej z 1967 r.

<sup>45</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 51.

czy wyglądu salonu sprzedaży), lecz w kontekście ograniczeń zmierzających do utrudnienia lub uniemożliwienia dystrybutorowi sprzedaży na terytoria lub do grup klientów przydzielonych na wyłączność komu innemu. Artykuł 4 lit. c rozporządzenia KE zapobiega zatem w istocie (formalnemu lub nieformalnemu) przydzielaniu dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej określonych terytoriów lub grup klientów na wyłączność lub quasi-wyłączność (choć czyni to od drugiej strony, tj. zakazuje ograniczania dystrybutorom możliwości sprzedaży wybranym grupom podmiotów lub na wybrane terytoria). Z taką interpretacją koresponduje również końcowa część przepisu, zgodnie z którą niedopuszczalność ograniczania sprzedaży aktywnej i pasywnej pozostaje „bez uszczerbku dla możliwości zabronienia tym dystrybutorom prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych”. Oznacza to, że – choć ochrona autoryzowanego dystrybutora przed sprzedażą pasywną lub aktywną z innego terytorium jest niedopuszczalna – dopuszczalne jest wprowadzenie namiastki ochrony terytorialnej w postaci zakazu prowadzenia działalności w określonym lokalu albo wyznaczenie obszaru, na którym powinien znajdować się punkt sprzedaży (tzw. *location clause*)<sup>46</sup>. *Ratio legis* art. 4 lit. c rozporządzenia KE nie jest więc wykluczenie wszelkich ograniczeń nakładanych na dystrybutorów, lecz wymogów mających na celu ograniczenie terytorialnego lub podmiotowego zasięgu dystrybutora<sup>47</sup>. Potwierdza to pkt 56 Wytycznych, w którym, wyjaśniając art. 4 lit. c Rozporządzenia KE, stwierdzono: „Komisja uważa za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji [tj. za *hardcore restriction* z art. 4 lit. c – dop. M.M.] 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”.

Podobieństwo §11 pkt 3 rozporządzenia RM i art. 4 lit. c rozporządzenia KE wskazuje, że zamiarem polskiego prawodawcy było osiągnięcie podobnego efektu. Przemawia za tym, jak wspomniano, również wykładnia funkcjonalna. §11 pkt 3 rozporządzenia RM nie dotyczy zatem jakichkolwiek wymogów mogących ograniczać sprzedaż ostatecznym użytkownikom, lecz wymogów mających na celu ograniczenie terytorialnego lub podmiotowego zasięgu danego dystrybutora. Na zasadzie wyjątku dopuszczalne jest wprowadzenie wspomnianej *location clause*, a także zakazanie dystrybutorom hurtowym sprzedaży bezpośrednio użytkownikom końcowym (§ 11 pkt 2 lit. c rozporządzenia RM; art. 4 lit. b pkt ii rozporządzenia KE). Ma to zapobiegać efektowi gapowicza, jaki mógłby wynikać z konkurencji o klientów końcowych między sprzedawcami detalicznymi a sprzedawcami hurtowymi (którzy zwykle nie muszą spełniać tak daleko idących wymogów, jak sprzedawcy detaliczni).

Ograniczenia wymienione w art. 4 rozporządzenia KE Komisja kwalifikuje jako tzw. *hardcore restrictions*<sup>48</sup>, tj. ograniczenia konkurencji ze względu na cel<sup>49</sup>. W konsekwencji ograniczenie

<sup>46</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 57. Znacznie większą swobodę przewiduje prawo amerykańskie, przy mniejszych udziałach rynkowych pozwala bowiem także na stosowanie w zasadzie dowolnych ograniczeń terytorialnych. Podejście amerykańskie wydaje się nie tylko łatwiejsze do praktycznego stosowania, ale i bardziej racjonalne, jeśli bowiem (przy silnej konkurencji międzymarkowej) producent dopuści do pobierania przez swoich dystrybutorów marż nieznajdujących pokrycia w wytwarzanej przez nich wartości dodanej (wynikającej z dodatkowych usług, informacji, polepszenia wizerunku marki, itd.), wówczas może stracić klientów na rzecz konkurencyjnych producentów. Odmienność podejścia unijnego tłumaczy się tym, że celem prawa konkurencji UE jest nie tylko promowanie efektywności, ale także integrowanie wspólnego rynku – zob. np. Accardo (2011, s. 101, 117).

<sup>47</sup> Podobnie kwestię tę ujmuje K. Kohutek (2008a, s. 249), który wskazuje, że omawiane przepisy rozporządzeń zakazują ograniczania swobody dystrybutorów w zakresie wyboru ich kontrahentów.

<sup>48</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 47.

<sup>49</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 23; *Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, C(2014) 4136 final, s. 3, pkt 1.

sprzedaży, które nie spełnia wymogów art. 4 lit. c rozporządzenia KE lub § 11 pkt 3 rozporządzenia RM (tj. zmierza do ograniczenia terytorialnego lub podmiotowego zasięgu dystrybutora), nie tylko nie skorzysta z wyłączenia grupowego, ale prawdopodobnie zostanie uznane za naruszenie prawa bez badania jego rzeczywistych skutków.

#### 4. Ograniczenie dostaw wzajemnych

Spotykane w Polsce umowy dystrybucyjne niekiedy zakazują także wzajemnych dostaw między dystrybutorami należącymi do sieci. Zwykle nie czynią tego wprost, ale np. przez wskazanie odbiorców, którym dystrybutor może dostarczać (np. tylko użytkownikom końcowym).

Ani polskie, ani unijne wyłączenie grupowe nie obejmuje porozumień, których celem jest ograniczenie wzajemnych dostaw między autoryzowanymi dystrybutorami (co wyraźnie wynika z §11 pkt 4 rozporządzenia RM i art. 4 lit. d rozporządzenia KE<sup>50</sup>). Odnośne regulacje są sformułowane bardzo szeroko. Dotyczą wszelkich postanowień mających na celu ograniczenie dostaw wzajemnych (np. całkowity zakaz, ograniczenie ilościowe, mechanizmy zmierzające do zmniejszenia opłacalności) – także dostaw „zwrotnych”<sup>51</sup> – w dowolnych wariantach podmiotowych (pomiędzy dystrybutorami tego samego szczebla, dystrybutorami różnych szczebli, dystrybutorami z różnych krajów członkowskich (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 4.175)).

Jak wspomniano, postanowienia naruszające §11 rozporządzenia RM i art. 4 rozporządzenia KE są kwalifikowane jako *hardcore restrictions*. W konsekwencji wszelkie klauzule zmierzające do ograniczenia wzajemnych dostaw będą zwykle naruszały art. 6 uokik i art. 101 TFUE.

#### 5. Łączenie dystrybucji selektywnej z innymi ograniczeniami

##### 5.1. Dystrybucja selektywna i dystrybucja wyłączna

Łączenie dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną jest co do zasady niedopuszczalne. Ważnym elementem dystrybucji wyłącznej jest zakazanie dystrybutorom aktywnej sprzedaży skierowanej do obszaru lub grupy klientów zastrzeżonych na wyłączność dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu dystrybutorowi<sup>52</sup>. Tymczasem § 11 pkt 3 rozporządzenia RM i art. 4 lit. c rozporządzenia KE zakazują – jak już wspomniano – stosowania postanowień mających na celu ograniczenie zasięgu terytorialnego lub podmiotowego danego dystrybutora. Dystrybutorom działającym w sieci dystrybucji selektywnej nie można więc przyznać (charakterystycznej dla dystrybucji wyłącznej) ochrony przed aktywną (ani tym bardziej pasywną) sprzedażą ze strony innych dystrybutorów<sup>53</sup>. Oba rozporządzenia zezwalają jednak, o czym także była już mowa, na wprowadzenie namiastki ochrony terytorialnej w postaci tzw. *location clause*, tj. zakazu prowadzenia działalności w określonym lokalu (np. ze względu na niewielką odległość od istniejących lokali innych dystrybutorów<sup>54</sup>) albo wyznaczenie obszaru, na którym powinien znajdować się punkt sprzedaży<sup>55</sup>. Dostawca może się również zobowiązać do niewyznaczania innych dystrybutorów

<sup>50</sup> Choć trzeba się zgodzić, że oba przepisy stanowią *superfluum* – zob. F. Wijckmans i f. Tuytschaever (2011, pkt 4.176).

<sup>51</sup> To jest od detalisty do hurtownika – zob. K. Kohutek (2008a, s. 250).

<sup>52</sup> Pozwalają na to art. 4 lit. b pkt i rozporządzenia KE oraz § 11 pkt 2 lit. b rozporządzenia RM.

<sup>53</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 152.

<sup>54</sup> Należy bowiem pamiętać, że z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego korzystają nie tylko ograniczenia jakościowe, ale także ilościowe.

<sup>55</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 57.

na danym obszarze<sup>56</sup>. Powyższe ograniczenia mogą dość istotnie zbliżyć pozycję dystrybutora autoryzowanego do pozycji dystrybutora wyłącznego<sup>57</sup>.

Ponadto Komisja Europejska sugeruje, że gdy dystrybucja wyłączna i dystrybucja selektywna są stosowane na odrębnych terytoriach, zakazanie dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej aktywnej sprzedaży na terytoria objęte dystrybucją wyłączną jest dopuszczalne<sup>58</sup>. Akceptuje zatem łączenie dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną, o ile funkcjonują na innych obszarach (np. dystrybucja selektywna w Polsce i dystrybucja wyłączna w Niemczech). Stanowisko Komisji niełatwo pogodzić z brzmieniem art. 4 lit. c rozporządzenia KE (i § 11 pkt 3 rozporządzenia RM), choć uważam je za racjonalne i godne uwzględnienia także na gruncie prawa polskiego. Jego praktyczne znaczenie może być jednak ograniczone. Komisja nie wskazuje bowiem czy dopuszczalne jest całkowite zakazanie dystrybutorom wyłącznym (działającym na terytorium, gdzie dostawca stosuje dystrybucję wyłączną) odsprzedawania towarów na rzecz dystrybutorów nieautoryzowanych działających na terytorium, na którym dostawca stosuje dystrybucję selektywną (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.57). Brzmienie art. 4 lit. b pkt i rozporządzenia KE wspiera odpowiedź negatywną, w ogóle nie zezwala bowiem na zakazanie dystrybutorom wyłącznym sprzedaży pasywnej, a ponadto zezwala na zakazanie sprzedaży aktywnej do określonego obszaru jedynie wtedy, gdy został on przydzielony na wyłączność komu innemu (co nie ma miejsca w przypadku obszaru, na którym stosuje się dystrybucję selektywną). Analogiczny problem występuje na gruncie § 11 pkt 2 lit. b rozporządzenia RM. Zamknięty charakter systemu, tj. uniemożliwienie sprzedaży dystrybutorom nieautoryzowanym, stanowi zwykle klucz do skuteczności dystrybucji selektywnej. Literalne odczytywanie wymienionych przepisów mogłoby więc w praktyce uniemożliwiać jednoczesne stosowanie dystrybucji wyłącznej i dystrybucji selektywnej (nawet na odrębnych terytoriach) (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 4.187), co wydaje się nie mieć racjonalnego uzasadnienia<sup>59</sup>. W mojej ocenie dopuszczalne jest zastosowanie funkcjonalnej, rozszerzającej wykładni art. 4 lit. b pkt iii rozporządzenia KE (oraz § 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM) i przyjęcie, że zakaz odsprzedawania nieautoryzowanym dystrybutorom (działającym na terytorium, na którym dostawca stosuje dystrybucję selektywną) może być nałożony także na dystrybutorów działających w innych systemach dystrybucji (na innych terytoriach) (inaczej jednak: Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 4.186).

## 5.2. Dystrybucja selektywna i jednomarkowość

W umowach dystrybucji selektywnej niekiedy pojawiają się też postanowienia zakazujące dystrybutorowi sprzedaży produktów konkurencyjnych marek. Stanowią one formę jednomarkowości, tj. nakłaniania nabywcy do skoncentrowania swoich zamówień na produktach danego producenta<sup>60</sup>. Zbliżają one charakter systemu dystrybucji selektywnej do systemu dystrybucji *franchisingowej*. Ich ocena prawna może rodzić pewne trudności.

<sup>56</sup> Ibidem, pkt 57.

<sup>57</sup> Prawdopodobnie to ma na myśli Komisja wskazując, że „*Jakościowa i ilościowa dystrybucja selektywna jest zwolniona przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych [...] nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkurowania lub dystrybucja wyłączna*” – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 57.

<sup>58</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 176.

<sup>59</sup> W każdym razie przy udziałach rynkowych nieprzekraczających 30%.

<sup>60</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 129.

Artykuł 5 rozporządzenia KE zawiera listę postanowień, które nie korzystają z wyłączenia grupowego (tzw. *excluded restrictions*). Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. c rozporządzenia KE wyłączenie grupowe nie obejmuje zakazu sprzedaży produktów niektórych konkurentów dostawcy przez dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej. *A contrario* wyłączenie grupowe obejmuje zakaz sprzedaży produktów odnoszący się do wszystkich (a nie jedynie niektórych) konkurentów dostawcy<sup>61</sup>. Przepis ten nie reguluje jednak kwestii czasu trwania tego rodzaju zakazu. W tym zakresie trzeba odwołać się do art. 5 ust. 1 lit. a rozporządzenia KE. Zgodnie z tym przepisem wyłączenie z rozporządzenia KE nie rozciąga się na „jakikolwiek bezpośredni lub pośredni zakaz konkurowania, którego czas trwania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat”. Z kolei „zakaz konkurowania” obejmuje m.in. „jakiegokolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie zakazujące nabywcy wytwarzania, **zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży** towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem”<sup>62</sup>. Termin „zakaz konkurowania” obejmuje zatem również zakaz sprzedaży towarów konkurencyjnych producentów (Bolecki, 2013a, s. 71–72). Oznacza to, że zakaz sprzedaży towarów konkurencyjnych marek nałożony na autoryzowanych dystrybutorów jest objęty wyłączeniem grupowym tylko wtedy, gdy został nałożony na czas określony nie dłuższy niż 5 lat<sup>63</sup>. Wyłączeniu z rozporządzenia KE podlegają zatem tylko zakazy dotyczące wszystkich konkurentów (art. 5 ust. 1 lit. c rozporządzenia KE) nałożone na czas nie dłuższy niż 5 lat (art. 5 ust. 1 lit. a rozporządzenia KE). Podobnie sformułowano polskie odpowiedniki powyższych regulacji, tj. § 12 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia RM. Także one wykluczają zakaz sprzedaży konkurencyjnych produktów dotyczący tylko niektórych konkurentów dostawcy (§ 12 pkt 3 rozporządzenia RM) lub trwający dłużej niż 5 lat (§ 12 pkt 1 rozporządzenia RM).

Przepisy unijne i przepisy krajowe odróżnia jednak bardzo istotny szczegół. Mianowicie art. 5 Rozporządzenia KE wymienia postanowienia, które nie korzystają z wyłączenia grupowego (tzw. *excluded restrictions*), ale nie przesądza czy w danym przypadku postanowienia te ograniczają konkurencję. W konsekwencji zakaz sprzedaży konkurencyjnych marek przekraczający 5 lat nie jest na gruncie prawa europejskiego automatycznie nielegalny, lecz jest oceniany według kryteriów dotyczących jednomarkowości<sup>64</sup>. Zgodnie z nimi jednomarkowość jest problematyczna głównie wtedy, gdy pozycja rynkowa dostawcy (zobowiązującego swoich dystrybutorów do jednomarkowości) jest na tyle silna, że jest on nieuniknionym partnerem handlowym przynajmniej w zakresie części popytu (tj. dystrybutorzy nie mogą sobie pozwolić, aby nie sprzedawać towarów tego dostawcy)<sup>65</sup>. Jeżeli jednak dostawca nie ma tak silnej pozycji, a inne kanały dystrybucji pozostają dostępne, ograniczenie konkurencji jest mało prawdopodobne<sup>66</sup>. Oznacza to, że na gruncie prawa UE zakaz sprzedaży konkurencyjnych towarów nakładany w warunkach silnej konkurencji międzymarkowej z reguły będzie dopuszczalny nawet wtedy, gdy trwa dłużej niż 5 lat.

Tymczasem § 12 rozporządzenia RM nie tylko odbiera wymienionym w nim klauzulom dobrodziejstwo wyłączenia grupowego, ale wprost przesądza, że ich „występowanie w porozumieniu wertykalnym **stanowi naruszenie art. 6 ust. 1**” uokik. Inaczej niż jego europejski odpowiednik

<sup>61</sup> Ibidem, pkt 69.

<sup>62</sup> Zgodnie z definicją z art. 1 pkt 1 lit. d rozporządzenia KE.

<sup>63</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 131.

<sup>64</sup> Ibidem, pkt 183.

<sup>65</sup> Ibidem, pkt 132.

<sup>66</sup> Ibidem, pkt 133.

(a także inaczej niż jego polski poprzednik<sup>67</sup>), § 12 rozporządzenia RM nie zawiera zatem listy klauzul szarych, lecz drugą (po § 11 rozporządzenia RM) listę klauzul czarnych (bezwzględnie zakazanych). Zakaz sprzedaży konkurencyjnych marek zawarty na czas nieokreślony stanowi więc naruszenie polskiego prawa nawet wtedy, gdy znalazł się w umowie podmiotów o znikomych udziałach rynkowych działających w warunkach bardzo silnej konkurencji międzymarkowej i przy braku jakiegokolwiek zagrożenia zamknięciem dostępu do rynku<sup>68</sup>. Nie jest jasne, co skłoniło prawodawcę do sformułowania § 12 w taki właśnie sposób. Delegacja ustawowa (art. 8 ust. 3 uokik) nakazuje co prawda wskazać w rozporządzeniu „klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6” uokik, jednak znacznie bardziej racjonalne byłoby uznanie za takowe postanowień wymienionych w § 11 rozporządzenia RM. Są one bowiem tradycyjnie określane mianem klauzul czarnych (Miąsik, 2009, nb. 228)<sup>69</sup>. Także Komisja kwalifikuje je jako tzw. *hard-core restrictions*<sup>70</sup>, ograniczające konkurencję ze względu na cel<sup>71</sup> i zakazane bez konieczności analizy skutków oraz bez względu na udziały rynkowe<sup>72</sup>.

Na gruncie prawa krajowego zakaz sprzedaży konkurencyjnych marek będzie więc niedopuszczalny, jeśli przekracza 5 lat lub został zawarty na czas nieokreślony. *De lege ferenda* należy jednak postulować zmianę § 12 rozporządzenia RM.

### 5.3. Dystrybucja selektywna i wyłączność zakupów

W umowach dystrybucji selektywnej dość często pojawiają się też postanowienia zobowiązujące dystrybutorów do kupowania danych produktów wyłącznie od dostawcy (tj. od drugiej strony umowy dystrybucji). Nazywa się je klauzulami wyłączności zakupów lub wyłączności zaopatrzenia<sup>73</sup>. Zobowiązanie autoryzowanych dystrybutorów do kupowania określonych towarów wyłącznie od określonego dostawcy jest niedopuszczalne (nawet jeśli nie dotyczy ono całej kategorii produktów, lecz np. tylko tych marek, które dostawca sam wprowadza na rynek). Nakaz kupowania wyłącznie od dostawcy implikuje bowiem zakaz wzajemnych dostaw między autoryzowanymi dystrybutorami, co stoi w sprzeczności zarówno z § 11 pkt 4 rozporządzenia RM, jak i z art. 4 lit. d rozporządzenia KE (Kohutek, 2008a, s. 251).

### 5.4. Konsekwencje rozbieżności między rozporządzeniem RM i rozporządzeniem KE

Jak wynika z powyższego, pomiędzy rozporządzeniem RM i rozporządzeniem KE zachodzą pewne różnice. Dotyczą one przede wszystkim miejsca określenia kryteriów wyboru dystrybutorów (krajowe rozporządzenie wymaga, aby były one określone w porozumieniu z dystrybutorem) oraz sposobu traktowania zakazów, których zakres wykracza poza granice wyznaczone w § 12

<sup>67</sup> To jest §8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. Urz. Nr 230, poz. 1691).

<sup>68</sup> Nie dotyczy to oczywiście wyjątku dot. własności lokalu wyraźnie wskazanego w § 12 pkt 1 rozporządzenia RM, a także *franchisingu* – zob. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 190 lit. b. oraz Bolecki (2013a, s. 72–73).

<sup>69</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 12.4.2007 r., Nr RKR-32/2007, s. 15.

<sup>70</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 47.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pkt 23; *Guidance on restrictions of competition „by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, C(2014) 4136 final, s. 3, pkt 1.

<sup>72</sup> Pkt 11 ppkt 2 Obwieszczenia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*) (2001/C 368/07).

<sup>73</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 162. Nie należy ich mylić z omówionym wyżej zakazem sprzedaży konkurencyjnych marek, tj. jednomarkowości.

rozporządzenia RM (w prawie unijnym podlegają one badaniu indywidualnemu, w prawie polskim są bezwzględnie zakazane).

Ewentualne praktyczne konsekwencje powyższych rozbieżności są jednak istotnie ograniczone brzmieniem art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu. Zgodnie z tym przepisem zastosowanie krajowego prawa konkurencji do porozumień, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi<sup>74</sup>, nie może prowadzić do ich zakazania, jeśli są objęte rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 TWE (obecnie art. 101 ust.3 TFUE), tj. m.in. rozporządzeniem KE. Prawo krajowe zachowuje natomiast pełne zastosowanie do porozumień, które nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi.

## IV. Indywidualne wyłączenie dystrybucji selektywnej

### 1. Metodologia analizy przesłanek wyłączenia indywidualnego

Porozumienia ograniczające konkurencję i niepodlegające wyłączeniu grupowemu (ani wyłączeniu *de minimis* – art. 7 uokik) są legalne, jeśli spełniają przesłanki tzw. wyłączenia indywidualnego (art. 8 uokik, art. 101 ust. 3 TFUE). Dotyczy to zarówno ograniczeń konkurencji ze względu na cel, jak i ograniczeń ze względu na skutek.

Obecnie na gruncie tak polskiego, jak i europejskiego prawa konkurencji przesłanki zakazu porozumień ograniczających konkurencję i przesłanki wyłączenia indywidualnego analizowane są w tym samym postępowaniu. Spełnienie przesłanek wyłączenia indywidualnego skutkuje zatem niewszczęciem (ew. umorzeniem) postępowania antymonopolowego. W związku z tym nie wydaje się obecnie decyzji stwierdzających spełnienie przesłanek wyłączenia. Znacznie utrudnia to przewidzenie, w jakich sytuacjach przesłanki wyłączenia mogą zostać przez organ uznane za spełnione. Przed 1 maja 2004 r. indywidualne wyłączenie w prawie wspólnotowym następowało w drodze decyzji wydawanej w osobnej procedurze na wniosek przedsiębiorcy (Piszcz, Jurkowska-Gomułka, Stankiewicz i Grzejdziak, 2014, nb. 8) i ani Trybunał Sprawiedliwości, ani sąd krajowy nie mogły go samodzielnie stosować<sup>75</sup>. Dodatkowo przed 1 stycznia 2000 r.<sup>76</sup> nie funkcjonowało ogólne grupowe wyłączenie dla porozumień wertykalnych. W konsekwencji przed 1 stycznia 2000 r. Komisja wydawała wiele decyzji dotyczących stosowania indywidualnego wyłączenia do porozumień tworzących dystrybucję selektywną<sup>77</sup>. Biorąc pod uwagę, że aktualne reguły oceny dystrybucji selektywnej na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję pochodzą właśnie z tego okresu, zasady stosowania wyłączenia indywidualnego do dystrybucji selektywnej również zasadniczo zachowują aktualność. Należy jednak mieć na uwadze, że od połowy lat 90. XX wieku europejskie prawo konkurencji cechuje bardziej ekonomiczne podejście (*more economic approach*), polegające m.in. na przesunięciu ciężaru z formalnej analizy treści porozumień na analizę rynkowej pozycji zaangażowanych przedsiębiorców (czego przejawem jest

<sup>74</sup> Co, jak wspomniano, może mieć miejsce także wtedy, gdy ograniczenia nakładane na dystrybutorów dotyczą tylko jednego kraju członkowskiego – zob. J. Faull i in. (2014, pkt 3.391).

<sup>75</sup> Por. teza 1 i 2 wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko *PVBA* (Zb.Orz. 1980, s. 3775).

<sup>76</sup> To jest do chwili wejścia w życie rozporządzenia Komisji nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. L 336 z 29.12.1999).

<sup>77</sup> Wykaz orzecznictwa wspólnotowego z tego okresu dotyczącego dystrybucji selektywnej przedstawia T. Skoczny (1995, s. 206 i n.).



w szczególności stosowanie progów udziału w rynku uprawniających do skorzystania z wyłączeń grupowych) (Montag i Janssens, 2004, s. 211).

Analiza przesłanek wyłączenia indywidualnego w orzeczeniach Komisji i Trybunału była prowadzona na poziomie ogólnym, dalekim od analizy ekonometrycznej. Opierała się na racjonalizowanych spekulacjach co do antycypowanych skutków porozumienia (Miąsik, 2009, nb. 11). Przykładowo w decyzji *Givenchy* wymóg osiągnięcia określonych minimalnych poziomów sprzedaży uznano za niespełniający przesłanek doktryny *Metro* i ograniczający konkurencję wewnątrzmarkową (ponieważ wyklucza dystrybutorów spełniających pozostałe kryteria) i międzymarkową (ponieważ zmusza dystrybutorów do poświęcenia znacznych zasobów na sprzedaż marki *Givenchy*)<sup>78</sup>. Jednocześnie jednak Komisja stwierdziła, że spełnia on przesłanki wyłączenia indywidualnego, ponieważ:

- 1) przyczynia się do polepszania dystrybucji (art. 101 ust. 3 TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 1 uokik), bo pozwala dostawcy skoncentrować się na najbardziej efektywnych sklepach i racjonalizować koszty związane z dystrybucją i pomocą dla sprzedawców detalicznych<sup>79</sup>;
- 2) zapewnia użytkownikom słuszną część zysku (art. 101 ust. 3 TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 2 uokik), bo duża liczba dystrybutorów i swoboda kształtowania cen zapewnia przeniesienie korzyści z racjonalizacji dystrybucji na konsumentów<sup>80</sup>;
- 3) jest niezbędny do osiągnięcia korzyści (tj. proporcjonalny; art. 101 ust. 3 lit. a TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik), bo w przypadku braku takiego ograniczenia doszłoby do znacznego rozrostu sieci dystrybucji, co – biorąc pod uwagę stabilność rynku – nie doprowadziłoby do istotnego wzrostu sprzedaży, natomiast spowodowałoby wzrost kosztów dystrybucji i stopniową erozję wizerunku marki, a ustalony minimalny poziom (40% średniej sprzedaży dystrybutorów z danego kraju) jest racjonalny<sup>81</sup>;
- 4) nie daje możliwości wyeliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części produktów (art. 101 ust. 3 lit. b TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik), bo nie zakazuje sprzedaży konkurencyjnych towarów, pozwala na konkurencję między autoryzowanymi dystrybutorami i nie wyklucza nowoczesnych metod dystrybucji<sup>82</sup>.

W analogiczny sposób za spełniające przesłanki wyłączenia indywidualnego uznano szereg innych obowiązków<sup>83</sup>. W zakresie zastosowania wyłączenia indywidualnego decyzja Komisji została utrzymana przez Sąd Pierwszej Instancji<sup>84</sup>. Skuteczne powołanie się na wyłączenie indywidualne nie wymaga zatem przeprowadzenia ekonometrycznego dowodu spełnienia przesłanek art. 101 ust. 3 TFUE.

<sup>78</sup> Dec. Komisji z 24.06.1992 r. w sprawie IV/33.542 *Givenchy* (Dz. Urz. UE L 236/11), pkt II. A. (6)(b).

<sup>79</sup> Dec. Komisji z 24.06.1992 r. w sprawie IV/33.542 *Givenchy* (Dz. Urz. UE L 236/11), pkt II. B. (2) par. 3.

<sup>80</sup> Ibidem, pkt II. B. (3).

<sup>81</sup> Ibidem, pkt II. B. (4) par. 5.

<sup>82</sup> Ibidem, pkt II. B. (5).

<sup>83</sup> Obowiązek sprzedaży odpowiedniej minimalnej liczby marek konkurencyjnych, obowiązek utrzymywania odpowiedniej gamy produktów dostawcy, obowiązek współpracy w działaniach promocyjnych i reklamowych (choć moim zdaniem są to wymogi jakościowe i powinny być raczej analizowane na gruncie doktryny *Metro*) oraz obowiązek powstrzymania się przez jeden rok ze sprzedażą produktów, które nie zostały jeszcze wprowadzone na dany rynek (co ciekawe, ten ostatni wymóg w pewnym zakresie ogranicza sprzedaż pomiędzy autoryzowanymi dystrybutorami, co stanowi *hardcore restriction* na gruncie wyłączenia grupowego) – dec. Komisji z 24.06.1992 r. w sprawie IV/33.542 *Givenchy* (Dz. Urz. UE L 236/11), pkt II. B. (2)-(5), s. 18–22.

<sup>84</sup> Wyr. SPI z 12.12.1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'Achat Édouard Leclerc* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1996, s. II-01961), pkt 196.

## 2. Wyłączenie indywidualne a doktryna *Metro*

Przesłanki wyłączenia indywidualnego wykazują znaczne podobieństwo do przesłanek doktryny *Metro*. Gdy szczególny charakter produktu wymaga dystrybucji selektywnej, dystrybutorzy są wybierani na podstawie obiektywnych, jednolitych i niedyskryminujących kryteriów o charakterze jakościowym, które są niezbędne dla zapewnienia jakości lub właściwego użytkowania towarów, a istnienie wielu równoległych sieci nie eliminuje „realnej konkurencji” (doktryna *Metro*), wówczas przesłanki wyłączenia indywidualnego zasadniczo również będą spełnione. Taki system przyczynia się bowiem do polepszenia dystrybucji (pozwala zachować jakość lub prawidłowe użytkowanie produktu), zapewnia użytkownikom słuszną część zysku (wyższą jakość lub wiedzę niezbędną do prawidłowego użytkowania produktu<sup>85</sup>), jest niezbędny i nie eliminuje konkurencji (w szczególności w stosunku do znacznej części produktów). Podobieństwo przesłanek doktryny *Metro* i wyłączenia indywidualnego nie jest przypadkowe – doktryna *Metro* została stworzona przez orzecznictwo w okresie, gdy stosowanie wyłączenia indywidualnego przez sądy nie było możliwe (wyłącznie upoważniona do tego była Komisja).

W wielu przypadkach doktryna *Metro* będzie więc „konsumowała” wyłączenie indywidualne. Wyłączenie indywidualne może wchodzić w grę przede wszystkim wtedy, kiedy pierwsze dwie przesłanki doktryny *Metro* (szczególny charakter produktu lub jakościowy charakter kryteriów) nie są spełnione. Gdy wymogi nie mają charakteru jakościowego przedsiębiorca może powołać się na inne formy polepszenia dystrybucji, takie jak racjonalizacja kosztów dystrybucji (np. w kontekście minimalnych poziomów sprzedaży<sup>86</sup>), stabilizacja dostaw i zatrudnienia (np. w odniesieniu do wymogu zamawiania z góry określonych ilości towarów<sup>87</sup>)<sup>88</sup>, ograniczenie sieci dystrybucji do dealerów gotowych ponieść odpowiedni wysiłek, aby promować sprzedaż (np. w przypadku wymogów utrzymywania odpowiednich zapasów i pełnej gamy produktów<sup>89</sup>), ochrona inwestycji poczynionych przez dealera (np. na uzasadnienie ograniczenia terytorium, na jakim inni dealerzy mogą otwierać sklepy)<sup>90</sup>, a nawet potrzeba kreowania wizerunku marki<sup>91</sup>. Gdy produkt nie ma charakteru uznawanego za szczególny na gruncie doktryny *Metro*, indywidualne wyłączenie może także uzasadnić samą selekcję dystrybutorów (np. gdy selekcja jest konieczna dla efektywnego składowania towarów<sup>92</sup>).

Jeśli natomiast niespełnione będą dwie kolejne przesłanki doktryny *Metro* (proporcjonalność lub nieeliminowanie „realnej konkurencji” w związku z istnieniem wielu równoległych sieci) to prawdopodobnie również wyłączenie indywidualne nie znajdzie zastosowania. Za nieproporcjonalny (i w związku z tym niespełniający przesłanek ani doktryny *Metro*, ani wyłączenia indywidualnego) uznano nakaz sprzedaży sprzętu hydraulicznego wyłącznie instalatorom (nie był konieczny do

<sup>85</sup> Oczywiście różnica między dwiema pierwszymi przesłankami wyłączenia indywidualnego może się zacierać, jednak orzecznictwo wskazuje, że niektóre formy polepszenia dystrybucji same w sobie zapewniają użytkownikom odpowiednie korzyści – np. w odniesieniu do stabilizacji dostaw zob. wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 48.

<sup>86</sup> Zob. powołany wcześniej przykład analizy przeprowadzonej w decyzji w sprawie *Givenchy*.

<sup>87</sup> Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko Komisji (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 43.

<sup>88</sup> Komisja wskazuje, że korzyści logistyczne mogą wystąpić niezależnie od rodzaju produktu, ale że zwykle mają marginalne znaczenie – zob. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185.

<sup>89</sup> Dec. Komisji z 21.12.1993 r. w sprawie IV/29.420 *Grundig's EC distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/15), pkt 10 *tiret* drugie, pkt 36.

<sup>90</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pkt 185; ma to szczególne znaczenie po orzeczeniu *Pierre Fabre*, który wedle niektórych autorów wyklucza możliwość uzasadnienia stosowania doktryny *Metro* ochroną prestiżu marki (osobiście nie podzielam tego poglądu) – zob. Bundeskartellamt, 2013, s. 23.

<sup>92</sup> Z tego powodu Urząd Antymonopolowy za dopuszczalne uznał stosowanie dystrybucji selektywnej przy dystrybucji nawozów mineralnych. Sąd Antymonopolowy zakwestionował co prawda kwalifikowanie analizowanego systemu jako dystrybucji selektywnej (z powołaniem się na doktrynę *Metro*), ale zasugerował, że ograniczenie liczby dealerów zapobiegające rozbudowie sieci „ponad uzasadnione potrzeby” może podlegać wyłączeniu indywidualnemu – wyr. SA z 6.12.1995 r., sygn. akt XVII Amr 47/95 (Wokanda 1997 nr 1, str. 55).

zapewnienia odpowiednich porad użytkownikom końcowym, ponieważ każdy sprzedawca może zatrudnić wykwalifikowany personel<sup>93</sup>). Z kolei gdy struktura rynku jest na tyle sztywna, że nawet jakościowe systemy dystrybucji nie zapewniają „realnej konkurencji”, to prawdopodobnie dojdzie do wyeliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części produktów (co uniemożliwi zastosowanie wyłączenia indywidualnego).

## V. Wnioski

Dystrybucja selektywna, choć nieodłącznie wiąże się z ograniczeniem swobody dystrybutorów, nie musi naruszać zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Niestety niewiele istniejących systemów spełnia przesłanki doktryny *Metro*, więc w praktyce istotne jest zwykle czy system dystrybucji może korzystać z wyłączenia grupowego lub indywidualnego.

Wyłączenia grupowe zapewniają przedsiębiorcom dużą (choć znacznie mniejszą niż prawo amerykańskie) swobodę kształtowania umów dystrybucji selektywnej. Nie wymagają zwłaszcza, aby produkt miał szczególny charakter ani aby kryteria nakładane na dystrybutorów były jakościowe, jednolite bądź obiektywnie uzasadnione. Rozporządzenia wyłączeniowe nie wyjaśniają niestety wszystkich wątpliwości, w szczególności kwestii dopuszczalności łączenia dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną. Pomiędzy polskim i unijnym rozporządzeniem wyłączeniowym zachodzą ponadto trudne do usprawiedliwienia różnice (dotyczące sposobu określania wymogów dla dystrybutorów i sposobu traktowania klauzul wyłączności), które utrudniają analizę i niepotrzebnie ograniczają swobodę przedsiębiorców działających na terenie Polski.

Znaczny potencjał tkwi także w wyłączeniu indywidualnym. W krajowej praktyce jego znaczenie było dotychczas raczej marginalne. Orzecznictwo organów UE pokazuje natomiast, że uzasadnienie wyłączenia indywidualnego nie wymaga dowodów ekonometrycznych i może być skuteczne także wówczas, gdy jest sformułowane w dość ogólny sposób. Wyłączenie indywidualne może stanowić przydatny instrument zwłaszcza wtedy, kiedy dystrybuowany produkt nie ma szczególnego charakteru lub gdy kryteria wyboru dystrybutorów nie są czysto jakościowe.

## Bibliografia

- Accardo, G. (2011). *Vertical Antitrust Enforcement: Transatlantic Perspectives on Restrictions of Online Distribution Under EU and U.S. Competition Laws* (SSRN Scholarly Paper No. ID 2038239). Rochester, NY: Social Science Research Network. Pobrano z: <http://papers.ssrn.com/abstract=2038239>.
- Bolecki, A. (2013a). Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(7), 59–77.
- Bolecki, A. (2013b). Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(3), 23–44.
- Bundeskartellamt. (2013, październik). *Vertical Restraints in the Internet Economy*. Zaprezentowano na Spotkaniu Grupy Roboczej ds. Prawa Konkurencji. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>93</sup> Dec. Komisji z 10.12.1984 r. w sprawie IV/30.261 *Ideal-Standard's distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/38), pkt 20–21.

- Faull, J., Kjølbye, L., Henning, L., i Nikpay, A. (2014). Article 101. W: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Gurin, A. i Peepkorn, L. (2014). Vertical Agreements. W: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Kohutek, K. (2008a). Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji. W: A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Kohutek, K. (2008b). System dystrybucji selektywnej w porządku wspólnotowego prawa konkurencji. *Prawo i Podatki Unii Europejskiej w Praktyce*, (6), 40–48.
- Kohutek, K. (2011). Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych). *Przegląd Prawa Handlowego*, (11), 36–43.
- Lang, J.T. (1985). Selective distribution. *Fordham International Law Journal*, 8(1), 323–361.
- Miąsik, D. (2009). komentarz do art. 8 u.o.k.k. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (1. wyd.). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Montag, F. i Janssens, T. (2004). Article 81(3) in the Context of Modernisation – A Lawyers View. W: D. Geradin (red.), *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*. Antwerp: Intersentia nv.
- Piszcz, A. (2013). Przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym w roku 2012. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(3), 84–91.
- Piszcz, A., Jurkowska-Gomułka, A., Stankiewicz, R., i Grzejdzia, Ł. (2014). komentarz do art. 8 u.o.k.k. W: T. Skoczny (Red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (2. wyd.). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sage, E.D. (2008). Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych. W: A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Skoczny, T. (1995). *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja*. Warszawa: Urząd Antymonopolowy (Seria PHARE).
- Targański, B. (2013). Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(5), 18–26.
- Wijckmans, F. i Tuytschaever, F. (2011). *Vertical Agreements in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.