

Franczyzowy paradoks

Komentarz do decyzji Prezesa UOKiK nr DKK-191/2016 w sprawie koncentracji *Eurocash/Eko Holding*

Po trwającym prawie dziewięć miesięcy postępowaniu antymonopolowym, 23 grudnia 2016 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) wydał decyzję zezwalającą na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez Eurocash S.A. (jednego z głównych dystrybutorów artykułów spożywczych w Polsce) kontroli nad siecią sklepów detalicznych prowadzonych przez spółkę Eko Holding S.A.¹ Decyzja ta stanowi precedensowe rozstrzygnięcie mające wpływ na sytuację franczyzy w Polsce, nie tylko w sektorze FMCG.

Zgoda na koncentrację Eurocash/Eko Holding jest pierwszym rozstrzygnięciem, w którym polski organ antymonopolowy stwierdził wprost, że w określonych okolicznościach siła rynkowa (udział w rynku) franczyzobiorców może zostać przypisana organizatorowi sieci franczyzowej (podobne rozważania były prowadzone w toku postępowania w sprawie koncentracji *Eurocash/Tradis* zakończonej wydaniem 27 października 2011 r. decyzji warunkowej nr DKK-128/2011). Grupa Eurocash, posiadając rozbudowaną sieć hurtowni działających w całym kraju, jest również organizatorem sieci franczyzowych i partnerskich działających pod szyldami: „ABC”, „Delikatesy Centrum”, „Groszek”, „Euro Sklep”, „Gama” oraz „Lewiatan”². Sklepy te, co do zasady prowadzone przez podmioty, które nie są kapitałowo powiązane ze spółkami z Grupy Eurocash, są jednocześnie odbiorcami towarów sprzedawanych przez hurtownie spółek z Grupy. Zatem bezpośrednia obecność Grupy Eurocash na rynkach niższego szczebla jest bardzo ograniczona. Z kolei, przejmowane sklepy „Eko” stanowią własne placówki spółki przejmowanej i są one prowadzone samodzielnie przez Eko Holding S.A.

O ile w polskim prawie cywilnym stosunek franczyzy wciąż pozostaje umową nienazwaną, o tyle na gruncie prawa antymonopolowego istnieje bogate orzecznictwo dotyczące tej instytucji³. Komisja Europejska⁴ dokonuje rozróżnienia sytuacji:

a) polegającej na dostarczaniu wyłącznie praw własności intelektualnej (znak towarowy, know-how, koncept biznesowy) oraz usług marketingowych;

b) tzw. systemu dystrybucji franchisingowej, zdefiniowanej jako „system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego – w zamian za wynagrodzenie – prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how”⁵.

Ze względu na dualistyczną rolę Grupy Eurocash, działającej zarówno jako dostawca towarów, jak i praw własności intelektualnej, analizowana decyzja odnosi się do drugiego modelu.

¹ Dec. Prezesa UOKiK z 23.12.2016 r., nr DKK-191/2016, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=19008> (05.01.2017).

² Dec. nr DKK-191/2016, s. 10.

³ Wyr. ETS z 28.01.1986 r. w sprawie 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

⁴ Zob. obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. WE C 291 z 13.10.2000 r., s. 1-44), pkt 92.

⁵ § 3 pkt 5 rozporządzenia Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (t.j. Dz.U. 2014, poz. 1012 ze zm.).

Niemniej, sama umowa franczyzy zwykle nie przesądza o sprawowaniu przez franczyzodawcę kontroli (w rozumieniu przepisów antymonopolowych) nad franczyzobiorcą⁶. Oznacza to, że (wobec braku powiązań kapitałowych lub organizacyjnych, np. umowy o zarządzanie spółką zależną z art. 7 k.s.h.) istotą umowy franczyzy jest niezależność przedsiębiorców będących jej stronami⁷. Relacje biznesowe pomiędzy franczyzobiorcą a franczyzodawcą nie mogą naruszać zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (określonych w art. 6 ust. 1 uokik⁸ oraz art. 101 ust. 1 TFUE). Obowiązek przestrzegania przepisów antymonopolowych przez strony umowy franczyzy został potwierdzony m.in. w decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Sfinks*, gdzie na organizatora sieci restauracji (franczyzodawcę) została nałożona kara pieniężna w wysokości ponad 464 tys. zł za nakładanie na franczyzobiorców obowiązku stosowania sztywnych cen sprzedawanych produktów⁹.

W sprawie przejęcia sieci „Eko” Prezes UOKiK dokonał analizy „polityki cenowej, warunków i zasad dostaw i zakupów, organizowania promocji i wydarzeń specjalnych, monitorowania sprzedaży i realizacji zamówień, przekazywania know-how, praw do marki oraz wizerunku, wpływu Eurocash na działalność tych [wyżej wymienionych] sieci (wynikającego wprost z umów, jak i faktycznych powiązań), powiązań prawnych i gospodarczych łączących Eurocash oraz przedsiębiorców, z którymi Eurocash zawiera umowy dotyczące współpracy w ramach organizowanych przez siebie sieci”¹⁰. Dokonując oceny opisanych czynników w odniesieniu do poszczególnych sieci, organ antymonopolowy doszedł do wniosku, że **spośród sieci organizowanych przez Grupę Eurocash sklepy działające pod szyldem „Delikatesy Centrum” są tak silnie powiązane z Eurocash (m.in. ze względu na wspólną politykę biznesową oraz obowiązki w zakresie zamówień), że zniwelowane zostały „ich bodźce do konkurowania ze sklepami kontrolowanymi przez Eurocash”¹¹. Konkluzja ta stała się podstawą przypisania Grupie Eurocash udziału rynkowego sklepów „Delikatesy Centrum” (na szczeblu detalicznym) i w konsekwencji uznania istnienia relacji horyzontalnej pomiędzy tymi sklepami a marketami „Eko”. Taki sposób ustalenia udziału rynkowego stał się przyczyną nałożenia na Eurocash warunku trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się trzech sklepów „Eko” (w Chróścicach, Zarzeczcu oraz Gniewczynie Łańcuckiej).**

Organ antymonopolowy, przypisując kupującemu siłę rynkową franczyzobiorców, nie stwierdził jednak, że sklepy te są kontrolowane – w świetle przepisów antymonopolowych – przez organizatora sieci. Nie stanowią one więc części grupy kapitałowej organizatora sieci w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokik, które to pojęcie dotyczy wszystkich przedsiębiorców kontrolowanych w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. W uzasadnieniu decyzji wskazane jest wręcz, że franczyzobiorcy są **niezależnymi** od Eurocash przedsiębiorcami. Również w treści warunku, Prezes UOKiK zastrzegł, że „[w]yzbycie się powyższych praw nastąpi wyłącznie na rzecz niezależnego inwestora (lub inwestorów), który:

⁶ Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE C 95 z 16.04.2008 r., s. 1–48), pkt 19.

⁷ Wyr. ETS z 28.01.1986 r. w sprawie 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41, pkt 15.

⁸ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t. j. Dz.U. 2017, poz. 229).

⁹ Dec. Prezesa UOKiK z 25.06.2013 r., nr DOK-1/2013.

¹⁰ Dec. nr DKK-191/2016, s. 10.

¹¹ Ibidem.

- a) **nie należy do grupy kapitałowej**, w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kontrolowanej przez Eurocash S.A. z siedzibą w Komornikach i nie jest współkontrolowany przez żaden podmiot lub podmioty z tej grupy; [...]
- d) **nie jest związany umową posiadającą cechy umowy franczyzowej** z Eurocash S.A. z siedzibą w Komornikach lub z jakimkolwiek innym przedsiębiorcą należącym do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kontrolowanej przez Eurocash S.A. z siedzibą w Komornikach¹².

Z samej treści warunku wynika więc, że zawarcie umowy franczyzy jest kategorią rozłączną w stosunku do przynależności do grupy kapitałowej (istnienia kontroli w rozumieniu przepisów antymonopolowych). Przeciwna konkluzja stawiałaby pod znakiem zapytania wcześniejsze decyzje Prezesa UOKiK zezwalające na dokonanie koncentracji polegających na przejęciu kontroli nad spółkami-francyzobiorcami¹³. Przyjęcie, że stosunek franczyzy implikuje istnienie grupy kapitałowej, powinno bowiem prowadzić do umorzenia ww. postępowań i zwrotu wniosków ze względu na wyłączenie z art. 14 pkt 5 u.o.k.k.

Organ antymonopolowy zajął zatem bezpieczne stanowisko, zgodnie z którym **w określonych okolicznościach udział francyzobiorców należy przypisać francyzodawcy, ale sama umowa franczyzy nie jest formą sprawowania kontroli (nie tworzy grupy kapitałowej)**. Konkluzja taka stanowi próbę legitymizacji ingerencji antymonopolowej na rynkach, gdzie konsolidacja pomiotów gospodarczych przyjmuje inne formy niż tworzenie powiązań kapitałowych. Model współpracy drobnych przedsiębiorców w ramach sieci upowszechnia się nie tylko w sektorze FMCG, lecz także w gastronomii, bankowości, działalności usługowej, dystrybucji prasy, kosmetyków oraz leków. Jednakże przyjęcie, że tzw. twarda franczyza implikuje kontrolę w rozumieniu przepisów antymonopolowych doprowadziłoby do uznania związku francyzodawcy z francyzobiorcami za grupę kapitałową, co wyłączałoby zastosowanie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (m.in. w zakresie ustalania cen odsprzedaży) wobec takich przedsiębiorców. Podobnie, koncentracje dokonywane pomiędzy stronami stosunku franczyzy byłyby wyłączone z obowiązku zgłoszenia Prezesowi UOKiK.

Rozwiązanie, z którego skorzystał Prezes UOKiK, zbliżone jest do podejścia organów antymonopolowych do spraw dotyczących wspólnej kontroli. W sprawie *General Electric/Honeywell* Komisja Europejska przypisała całość udziału rynkowego przedsiębiorcy współkontrolowanego (CFMI) uczestnikowi koncentracji (General Electric), twierdząc, że związki ekonomiczne tych dwóch podmiotów są tak silne, że niwelują ich bodźce do konkurowania ze sobą¹⁴. Przypisanie udziałów rynkowych nie implikuje jednak funkcjonowania współkontrolującego i współkontrolowanego w jednej grupie kapitałowej, co nakłada na te podmioty obowiązek przestrzegania przepisów antymonopolowych we wzajemnych relacjach. Również zamiar koncentracji polegający na zmianie kontroli wspólnej na wyłączną podlega zgłoszeniu organowi antymonopolowemu¹⁵. Stanowisko

¹² We wcześniejszych warunkach polegających na wyzbyciu się mienia po transakcji nie było odpowiednika lit. d, tj. przymiot „niezależności” inwestora odnosził się wyłącznie do przynależności do grupy kapitałowej nabywcy (oraz współkontroli ze strony nabywcy).

¹³ Pozyskano z: <http://www.dlahandlu.pl/handel-malopowierzchniowy/wiadomosci/eurocash-ze-zgoda-uokik-na-przejecie-udzialow-firmy-prowadzacej-delikatesy-centrum,39431.html>; <http://www.portalspozywczy.pl/handel/wiadomosci/eurocash-kolejna-transakcja-z-francyzobiorca-delikatesow-centrum,128973.html> (05.01.2017).

¹⁴ Dec. Komisji Europejskiej z 3.07.2001 r., COMP/M.2220 – *General Electric/Honeywell*, pkt 46–66.

¹⁵ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, pkt 83–84; *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, Warszawa 2015, s. 18.

to zostało wprost zaakceptowane przez UOKiK w sprawie koncentracji *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe* (sprawa przejęcia CH Złote Tarasy)¹⁶.

Podobne rozstrzygnięcia pojawiają się w orzecznictwie zagranicznych organów antymonopolowych, np. decyzja francuskiego *Autorité de la concurrence* w sprawie koncentracji *Burger King France/Financière Quick*¹⁷. Niemniej, decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Eurocash/Eko Holding* jest precedensowym i zaskakującym rozstrzygnięciem w polskim systemie kontroli koncentracji (choćby w kontekście wcześniejszej decyzji w sprawie *Eurocash/Tradis*). Ma ona bardzo istotne znaczenie dla akwizycji dokonywanych z udziałem organizatorów sieci francyzowych w Polsce. Wpływa ona przede wszystkim na sposób liczenia udziałów rynkowych na potrzeby zgłaszanych koncentracji i powinna być brana pod uwagę przy planowaniu kolejnych przejęć. Znaczenia nabiera również rozróżnienie modelu współpracy z organizatorem sieci na tzw. francyzę twardą (francyzę *sensu stricto*) oraz miękką (partnerstwo)¹⁸.

Szymon Gołębiowski

Adwokat, Kancelaria „Modzelewska i Paśnik” sp.k.; e-mail: szymon.golebiowski@modzelewska.pasnik.pl

¹⁶ Dec. Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., nr DKK-64/2010.

¹⁷ Dec. z 10.12.2015 r., nr 15-DCC-170, w sprawie przejęcia kontroli wyłącznej nad spółką *Financière Quick* przez spółkę *Burger King France*. Pozyskano z: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/15DCC170VersionPublication.pdf> (05.01.2017). Kwestia ta była również przedmiotem rozważań komisji Europejskiej w sprawie koncentracji *Food Service Project/Tele Pizza* (dec. Komisji z 6.06.2006 r., COMP/M.4220).

¹⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., nr DKK-128/2011, s. 18–19.