

Grupy sprzedażowe jako potencjalna przeciwwaga siły nabywczej grup zakupowych

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Grupy zakupowe i grupy sprzedażowe – pojęcia ogólne, perspektywy krajowa, unijna i amerykańska
 1. Grupy zakupowe
 2. Grupy sprzedażowe
- III. Obszary analizy dopuszczalności tworzenia grup sprzedażowych
 1. Cechy rynku właściwego
 2. Cechy porozumienia
 3. Zachowania sprzedających
- IV. Okoliczności, w których warto rozważyć zawieranie porozumień sprzedażowych
- V. Uwagi końcowe

Streszczenie

Porozumienia (alianse) sprzedażowe stanowią jeden z najrzadziej poruszanych tematów w rozważaniach antymonopolowych. Co do zasady są dopuszczalne na gruncie obowiązujących regulacji, niemniej praktyczne ich zastosowanie nastręcza szereg obostrzeń i obaw. Niniejszy artykuł w swoim zamyśle jest próbą podjęcia dość trudnego tematu w obszarze prawnym, który w dobie postępującej konsolidacji przedsiębiorców może mieć niebagatelne znaczenie praktyczne. W artykule, po pierwsze, przedstawiono regulacje grup zakupowych i sprzedażowych w perspektywie amerykańskiej, unijnej i krajowej. Po drugie, omówiono obszary największych ryzyk antymonopolowych i jednoczesnych możliwości potencjalnych okoliczności, w których warto podejmować trud pogłębionej analizy zawierania porozumień sprzedażowych.

Słowa kluczowe: alianse strategiczne; grupy zakupowe; porozumienia horyzontalne; porozumienia sprzedażowe.

JEL: K21

* Radca prawny; członek Stowarzyszenia Prawa Konkurencji; słuchaczka Podyplomowych Studiów Prawa Konkurencji przy Instytucie Nauk Prawnych PAN. Autorka dziękuje dr hab. prof. WSiłZ w Rzeszowie – Agacie Jurkowskiej-Gomułce za cenne uwagi i opiekę nad debiutem publikacyjnym; email: elizaiwaniszyn@wp.pl.

I. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest określenie tematu możliwości tworzenia grup sprzedażowych lub zawierania porozumień sprzedażowych/porozumień o wspólnej sprzedaży¹ jako przeciwwagi do grup zakupowych lub porozumień zakupowych i potencjalnego narzędzia budowania równowagi w relacjach między dostawcami a kupującymi. Temat ten jest niezmiernie rzadko przedstawiany w piśmiennictwie polskim oraz unijnym, ubogie jest również orzecznictwo unijne, niemniej porozumienia sprzedażowe są dostrzegalne w regulacjach amerykańskich, które zasadniczo korzystają z łagodniejszego traktowania niż na gruncie prawa kontynentalnego, o czym będzie niżej.

Obserwujemy, że dynamika rozwoju gospodarczego, różnorodność jego form oraz związanych z tym potrzeb adekwatnej reakcji przedsiębiorców na zmieniające się środowisko, w którym operują nie zawsze idzie w parze z szybkością zmian regulacji prawnych. Zauważalny trend konsolidacji na rynkach hurtowych (Tajer, 2014, s. 3; Konsolidacja, 2016) oraz rynkach sklepów tzw. wieloformatowych² powoduje z jednej strony efekt wzrostu siły nabywczej detalistów (kupujących), w tym poprzez tworzenie grup zakupowych³, z drugiej zaś – panuje przekonanie (częściowo uzasadnione) o relatywnie grząskim gruncie możliwości tworzenia przeciwwagi przez grupy sprzedażowe, w świetle prawa konkurencji. Wywołując niniejszy temat, autorka w pierwszej kolejności przedstawi bardzo wstępnie ogólne pojęcia i ramy prawne dotyczące porozumień zakupowych i sprzedażowych, dalej przytaczając przez jakie wydaje się powinny być analizowane porozumienia sprzedażowe oraz okoliczności, w których warto rozważyć tworzenie aliansów po stronie sprzedażowej.

II. Grupy zakupowe i grupy sprzedażowe – pojęcia ogólne, perspektywy krajowa, unijna i amerykańska

1. Grupy zakupowe

Grupy zakupowe są dość powszechnym narzędziem ekonomiczno-prawnym w krajach unijnych (ten Kate i van der Wall, 2017), regularnie pojawiają doniesienia prasowe o nowotworzonych grupach zakupowych lub detalistach przystępujących do już istniejących grup⁴. Można wymienić szereg korzyści przemawiających za tworzeniem aliansów zakupowych – przystępujący przedsiębiorcy z reguły zobowiązują się do dokonywania wspólnych zakupów, tym samym tworzą i korzystają z efektu skali. Grupy zakupowe zatrudniają wyspecjalizowanych negocjatorów, których celem i zadaniem jest negocjowanie najkorzystniejszych warunków z dostawcami, często oferują swoim członkom pomoc specjalistów z zakresu sprzedaży, promocji i marketingu oraz szkolenia dotyczące zarządzania placówką czy personelem. Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące horyzontalnych porozumień kooperacyjnych⁵ (dalej: Wytyczne horyzontalne), wskazują, że wspólne zakupy mogą być dokonywane przez wspólnie kontrolowane przedsiębiorstwo, przez przedsiębiorstwo, w którym duża liczba innych przedsiębiorstw posiada udziały mniejszościowe, w ramach

¹ Terminologia jest różnorodna w praktyce, zasadniczo mowa jest o porozumieniach komercjalizacyjnych, aliansach sprzedażowych, porozumieniach o wspólnej sprzedaży, porozumieniach o wspólnej dystrybucji itp.

² <http://www.carrefour.com/current-news/tesco-and-carrefour-to-create-long-term-strategic-alliance> (29.05.2019).

³ W praktyce nazewnictwo jest zróżnicowane, przykładowo: partnerstwo strategiczne, sojusze zakupowe (*buying groups, buying alliances, strategic alliances*). Na potrzeby niniejszego artykułu zamiennie będzie używane określenia: grupy zakupowe lub alianse zakupowe.

⁴ <https://www.planetretailng.com/news-and-events/metro-group-auchan-create-buying-behemoth> (28.05.2019).

⁵ Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.Urz. UE 2011 C 11/01).

porozumienia umownego lub nawet w ramach swobodniejszych form współpracy. Celem porozumień o wspólnych zakupach jest zwykle wygenerowanie siły nabywczej, której skutkiem mogą być niższe ceny lub wyższa jakość produktów i usług dla konsumentów. Siła nabywcza może jednak w pewnych okolicznościach spowodować także problemy w zakresie konkurencji. Porozumienia te pozostają zatem w polu zainteresowania organów antymonopolowych z uwagi na ich stronę podmiotową – zazwyczaj bowiem są zawierane między przedsiębiorcami – konkurentami. Na gruncie prawa unijnego, porozumienia zakupowe są oceniane indywidualnie, ale w oparciu o Wytyczne horyzontalne, które wprost określają zarówno potencjalne ryzyka antykonkurencyjne, jak i możliwości argumentacji prokonkurencyjnej. Podstawowe zagrożenia na gruncie prawa konkurencji wskazywane w Wytycznych to: podwyższone ceny, zmniejszona sprzedaż, jakość i zróżnicowanie produktów lub innowacji, podział rynku lub antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku dla innych możliwych nabywców. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą ograniczać konkurencję ze względu na cel, jeżeli w rzeczywistości nie dotyczą wspólnych zakupów, lecz służą jako narzędzie udziału w ukrytym kartelu, tj. zabronionym ustalaniu cen, ograniczaniu produkcji lub podziale rynku⁶. W piśmiennictwie wskazuje się jednak na relatywnie liberalne podejście do współpracy horyzontalnej, w szczególności w systemach prawnych operujących tzw. regułą rozsądku (*rule of reason*) (Jurkowska-Gomułka, 2011, s. 67–93 i cyt. tam literatura). Podejście to jest wspierane przez Wytyczne horyzontalne, które wprost wskazują, iż porozumienia zakupowe, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, muszą być analizowane w kontekście prawnym i gospodarczym w odniesieniu do ich faktycznych i prawdopodobnych skutków dla konkurencji. Analiza skutków ograniczających konkurencję wynikających z takich porozumień musi obejmować negatywne skutki zarówno dla rynków zakupu, jak i dla rynków zbytu. Tym samym grupy zakupowe będą w pierwszej kolejności oceniane raczej przez pryzmat skutku, a nie celu.

Na gruncie prawa polskiego, grupy zakupowe nie są regulowane ani ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, ani aktami prawa miękkiego. Każdorazowo zatem porozumienia o wspólnych zakupach należy indywidualnie oceniać w świetle art. 6 ust. 1 uokik. Niemniej odnotowano w orzecznictwie polskim konieczność posiłkowania się dorobkiem prawa miękkiego (*soft law*) UE przy ocenie konkretnego lokalnego porozumienia zakupowego. Podejście prokonkurencyjne, w oparciu o Wytyczne horyzontalne zaprezentował Sąd Apelacyjny w jednym z nielicznych wyroków bezpośrednio traktującym o grupach zakupowych⁷. Wyrok został wydany w konsekwencji zaskarżenia w toku instancji decyzji Prezesa UOKiK⁸, w której przesądził on o nielegalności zawartego między przedsiębiorcami porozumienia o wspólnych zakupach. Grupa zakupowa w określonym stanie faktycznym działała na rzecz podmiotów prowadzących sprzedaż hurtową i detaliczną gamy produktów budowlanych. Grupa ta funkcjonowała dla celów wzmocnienia siły przetargowej przy negocjowaniu najkorzystniejszych warunków działalności handlowej dla swoich akcjonariuszy. Sąd potwierdził, iż sądy krajowe są zobowiązane do interpretacji przepisów tak dalece pro-unijnie, jak to możliwe. Tym samym dalej uznano, iż sam fakt braku odniesienia w polskim prawodawstwie do wyłączeń umów agencyjnych (a taki był charakter tej relacji prawnej) spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie może prowadzić do bardziej surowej

⁶ Pkt 200 i 205 Wytycznych horyzontalnych.

⁷ Wyr. SA w Warszawie z 24.09.2015 r., VI ACa 1096/14.

⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 28.12.2009 r., RKT- 410-03/07.

interpretacji danego porozumienia niżby to miało miejsce w świetle prawa wspólnotowego. Tym samym, Wytyczne horyzontalne powinny być brane pod uwagę przy ocenie danego porozumienia zakupowego oraz należało je rozpatrywać nie tylko poprzez odniesienie się do literalnego brzmienia umowy łączącej przedsiębiorców, ale przede wszystkim w świetle uwarunkowań ekonomicznych po dokonaniu analizy rynku. Sąd powołał się również na stanowisko doktryny, iż ustalanie w umowie między dostawcą a grupą, cen, po jakich produkt będzie sprzedawany członkom grupy, a nie odbiorcom finalnym nie może być uznane za zakazane ustalanie cen, gdyż grupa wobec swoich członków występuje w roli zbliżonej do agenta handlowego, nie operuje na odrębnym poziomie obrotu gospodarczego, a ustalona cena nie jest ceną odsprzedaży produktu na rynku. Podobnie wskazano w literaturze, że o ile członkowie grupy zakupowo-sprzedażowej utrzymują niezależność w kształtowaniu cen oferowanych przez siebie własnym kontrahentom rynkowym, uzgodnienie dotyczące cen, podejmowane przez grupę z dostawcami nie powinno być zakazane (Skoczny, 2009, s. 390). Grupy zakupowe zatem, choć też przecież tworzone niejednokrotnie przez bezpośrednich konkurentów, wydają się być traktowane liberalniej niż grupy sprzedażowe, o czym niżej.

2. Grupy sprzedażowe

Jeśli spojrzeć na drugą stronę procesu zakupowego – podmioty oferujące swoje towary lub usługi do sprzedaży (dostawców) – sytuacja przedstawia się odmiennie. Grupy sprzedażowe jako koncepcja porozumień horyzontalnych jest marginalnie widoczna w analizie akademickiej, a praktycznie zupełnie niedostrzegalna w rzeczywistości gospodarczej. Trudność przejawiająca się w niemal automatycznym postrzeganiu aliansów sprzedażowych jako antykonkurencyjnych może zniechęcać. Niemniej, w praktyce pojawia się zapotrzebowanie na mechanizmy, które skutecznie będą równoważyć rosnącą siłę nabywczą detalistów. Zauważa to choćby sama Komisja, która w 2015 r. wydała Wytyczne dotyczące wspólnej sprzedaży oliwy z oliwek, wołowiny i jagnięciny oraz innych roślin uprawnych⁹. Co prawda wytyczne te dotyczą sektora rolnego (uznawanego za tzw. typ rynku monopsonistycznego¹⁰), niemniej komisarz Margrethe Vestager wskazuje na konieczność wprowadzania ułatwień w stosowaniu praw konkurencji, aby równoważyć rosnącą siłę kupujących: „Wytyczne mają na celu wsparcie europejskich rolników poprzez wyjaśnienie, w jaki sposób mogą, pod pewnymi warunkami, współpracować w celu organizowania wspólnej sprzedaży oliwy z oliwek, wołowiny i cielęciny oraz roślin uprawnych bez naruszenie zasad konkurencji UE. (...) Celem jest zadbanie o to, aby europejscy rolnicy mogli współpracować i aby pozostać konkurencyjnymi i czerpać korzyści wzmocnionej pozycji negocjacyjnej wobec kupujących”¹¹. O tym, czy Komisja poprzestanie na sektorze rolnym, czy może będzie to przyczynek do szerszych rozmów i dyskusji na temat rzeczywistego wpływu na konkurencję kupujących zrzeszonych w grupach zakupowych względem niemal automatycznie przyjmowanego antykonkurencyjnego skutku porozumień sprzedażowych – czas pokaże.

Co do zasady jednak, porozumienia o wspólnej sprzedaży zaliczane są do grupy porozumień komercjalizacyjnych, które dotyczą współpracy między przedsiębiorstwami (często konkurentami)

⁹ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące stosowania szczegółowych przepisów określonych w art. 169, 170 i 171 rozporządzenia o wspólnej organizacji rynków produktów rolnych w odniesieniu do sektorów oliwy z oliwek, wołowiny i cielęciny oraz roślin uprawnych (Dz.Urz. UE 2015 C 431/01).

¹⁰ Monopson jest jedną z form modeli rynku po stronie popytu (z monopolem jako jego przeciwieństwem i idealną konkurencją pośrodku). Zasadniczo w rynku monopsonistycznym występuje jeden silny nabywca, który determinuje warunki współpracy z dostawcami.

¹¹ Tytuł własne, za: DG Com, Press Release. Antitrust: new Commission Guidelines on joint selling of olive oil, beef and veal, and arable crops, Bruksela, 27.11.2015 r.

w dziedzinie sprzedaży, dystrybucji lub promocji ich produktów substytucyjnych. Tego rodzaju porozumienia mogą mieć różnorodny zakres w zależności od potrzeb, począwszy od porozumienia o wspólnej sprzedaży (najtrudniejsze z uwagi na potencjalną koordynację polityki handlowej, a w tym cen), do porozumień o ograniczonym zakresie wspierającym sprzedaż, np. dystrybucji, świadczenia usług posprzedażnych czy też reklamy. Wspólna sprzedaż swoim zakresem może objąć różne formy koordynacji polityki sprzedażowej: strategię rynkową, wzajemną pomoc na poziomie dystrybucji (wzajemne umowy dostaw) czy też wspólną sprzedaż we właściwym tego słowa znaczeniu. W tym ostatnim przypadku, dostawcy lub producenci udzielają na zasadzie wyłączności lub nie, wspólnemu agentowi lub wspólnej organizacji sprzedażowej, prawa do sprzedaży swoich towarów lub usług na wszystkich lub niektórych rynkach, na których prowadzą działalność gospodarczą (Faull i Nikpay, 2007, s. 707). Rozważania na temat porozumień sprzedażowych w kontekście ich skutków konkurencyjnych zmieniały się na przestrzeni lat diametralnie. Historyczne Wytyczne z 1968 r. dotyczące porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk w zakresie współpracy między przedsiębiorstwami¹² wskazywały na to, że art. 101 ust. 1 TFUE nie ma zastosowania do porozumień, który jedynym celem jest porozumienie w zakresie wspólnej sprzedaży lub wspólne usługi posprzedażowe pod warunkiem, że uczestniczące w porozumieniu przedsiębiorstwa nie są konkurentami w zakresie produktów lub usług, których dotyczy porozumienie¹³. Kolejno obowiązujące Wytyczne dot. porozumień komercjalizacyjnych¹⁴ niemal z góry przesądzały o kartelowym modelu aliansów sprzedażowych. Na gruncie obecnie obowiązujących Wytycznych horyzontalnych wszystkie porozumienia o wspólnej sprzedaży, które strukturalnie mieszczą się w szerszym kręgu tzw. porozumień komercjalizacyjnych objęte są zakresem rozdz. 6 w zakresie porozumień komercjalizacyjnych i można powiedzieć, że są objęte wypośrodkowanym stanowiskiem względem dwóch poprzednio obowiązujących Wytycznych. Podstawowe obawy na gruncie prawa konkurencji związane z porozumieniami o wspólnej sprzedaży dotyczą ustalania cen odsprzedaży, klasycznie już kwalifikowanych jako zakazanych ze względu na cel. W dalszej kolejności Wytyczne wskazują na problem ułatwiania ograniczenia produkcji, ponieważ strony mogą decydować o ilości produktów wprowadzanych do obrotu, tym samym ograniczając podaż. Po trzecie, porozumienia o wspólnej sprzedaży mogą stać się dla stron środkiem podziału rynków, zamówień lub klientów, na przykład w przypadku, gdy zakłady produkcyjne stron są zlokalizowane na różnych rynkach geograficznych lub gdy porozumienia są wzajemne. Ponadto porozumienia te mogą również prowadzić do wymiany strategicznych informacji odnoszących się do kwestii leżących w zakresie współpracy lub poza nią lub do ujednoczenia kosztów – w szczególności w odniesieniu do porozumień, które nie obejmują ustalania cen – co może skutkować zmonopolizacją (Faull i Nikpay, 2007, s. 709).

Porozumienia sprzedażowe mogą być i są najczęściej w praktyce oceniane w zakresie możliwości indywidualnego wyłączenia na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. Orzecznictwa polskiego trudno się doszukać, a i unijne jest raczej ubogie, choć przykładem trudnego zadania zakończono

¹² Wytyczne dotyczące porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk w zakresie współpracy między przedsiębiorstwami (Dz.Urz. EWG 1968 C 75/3, popr. Dz.Urz. EWG 1968 C 84/14).

¹³ Pkt 6 (II) Wytycznych z 1968 r.

¹⁴ Wytyczne Komisji dot. zastosowania art. 81 Traktatu do horyzontalnych porozumień komercjalizacyjnych (Dz.Urz. WE 1993 C 43/2). Pkt 38 i 60 brzmią: „Porozumienia sprzedażowe (JV) należą do kategorii klasycznych karteli poziomych. Co do zasady ich celem i skutkiem jest koordynacja polityki sprzedaży konkurujących przedsiębiorstw. W tym zakresie nie tylko zamykają drogę do konkurencji cenowej między konkurentami, ale też ograniczają podaż towarów poprzez alokację zamówień. Z tego względu Komisja co do zasady będzie oceniać porozumienia sprzedażowe negatywnie”.

powodzeniem (dla klubów sportowych) ustalenia okoliczności wyłączających zakaz zawierania porozumień w zakresie wspólnej sprzedaży między konkurentami jest decyzja Komisji Europejskiej w sprawie UEFA (*Joint Selling of the Commercial Rights of UEFA Champion League*, 2004)¹⁵. Jest to jedna z kilku decyzji Komisji¹⁶ w zakresie wspólnej sprzedaży praw do transmisji wydarzeń sportowych, która obszernie i szczegółowo analizuje, a ostatecznie potwierdza dopuszczalność działania UEFA jako podmiotu wyłącznego sprzedającego prawa do transmisji wydarzeń sportowych. Komisja oceniała porozumienie w kontekście tego czy korzyści prokonkurencyjne przeważały jego skutki antykonkurencyjne, w szczególności: przekazanie przez kluby sportowe na rzecz UEFA wyłączności praw do transmisji UEFA Champions League (Liga Mistrzów UEFA) oraz ograniczenia, na które zgodziły się kluby w zakresie sprzedaży swoich praw. Komisja zważyła i uznała okoliczności podnoszone przez UEFA w zakresie dopuszczalności wyłączenia na podstawie art. 81 ust 3 TUE (obecnie art. 101 ust 3 TFUE). Z wielu przytoczonych argumentów w decyzji przemawia to, iż porozumienie w zakresie wspólnej sprzedaży UEFA ułatwiało działalność operacyjną jego partnerów poprzez stworzenie jednego punktu sprzedaży, który jest tym bardziej istotny w przypadku rozgrywek na skalę międzynarodową. Komisja uznała również argument UEFA, iż stworzenie wspólnego jednego punktu sprzedaży jest warunkiem wstępnym istnienia Ligi Mistrzów UEFA jako produktu. Skoro bowiem żaden z klubów nie jest pewien jak daleko dotrze w rankingu rozgrywek, nie było pewności i ekonomicznego uzasadnienia do przekazania praw do transmisji aż do ścisłego finału. Uznano również, że wspólna sprzedaż praw do transmisji jest również istotna z punktu widzenia sponsorów, którzy dostają ujednoczony pakiet ofertowy gwarantujący zasięg medialny przez cały okres trwania rozgrywek; porozumienie umożliwiało UEFA zapewnienie jednolitej jakości i spójności produktu, jakim jest Liga Mistrzów UEFA na poziomie, który nie byłby możliwy, gdyby każdy z klubów zarządzał swoimi prawami do transmisji w sposób niezorganizowany poprzez różnych operatorów.

Temat transmisji sportowych pojawia się nie tylko na arenie unijnej, lecz także wybrzmiał lokalnie w jednym z orzeczeń¹⁷, kwestia ta wydaje się o tyle warta podkreślenia, iż dotyczy rynków monopsonistycznych, a w tym konkretnym przykładzie – wyścigów konnych. Grupa organizatorów wyścigów konnych stworzyła porozumienie, na mocy którego sprzedała wspólne licencjonowanym zakładom bukmacherskim prawo do transmisji mediowych nowostworzonej spółce JV – pod nazwą AMROC. Wcześniej był tylko jeden nabywca takich praw (monopson) i w związku z tym zamiarem uczestników porozumienia – organizatorów wyścigów było stworzenie konkurencji, przeciwwagi do tego jednego istniejącego nabywcy – z myślą o lepszej ofercie wartościowej swoich praw do transmisji. Szereg biur bukmacherskich wniosło pozew sądowy przeciwko AMROC i organizatorom wyścigów konnych o uznanie porozumienia za nielegalne jako uzgadniające ceny za prawa do transmisji. Brytyjski sąd pierwszej instancji oraz w drodze odwołania Sąd Najwyższy Wielkiej Brytanii uznały, że porozumienie miało za cel „sponsorowanie”, umacnianie wejścia na rynek, a nie ustalanie cen odsprzedaży. Skutkiem takiego porozumienia było doprowadzenie do sytuacji stworzenia realnej konkurencji na rynku poprzednio całkowicie monopsonistycznym¹⁸.

¹⁵ Dec. KE z 23.07.2003 r., *UEFA Champions League*, COMP/C.2-37.398, wydana w trybie nieistniejącej już procedury indywidualnego zgłoszenia porozumień.

¹⁶ Zob. dec. KE z 19.01.2005 r., *Joint selling of the media rights to the German Bundesliga*, COMP/C-2/37.214 (Dz.Urz. UE 2005 L 134/36); dec. KE z 22.03.2006 r., *Joint selling of the media rights to the FA Premier League*, COMP/C-2/38.173 (Dz.Urz. UE 2008 C 7/18).

¹⁷ Wyr. Royal Court of Justice z 27.07.2009 r., *BAGS v. AMROC*; sygn. [2009] EWCA Civ 750.

¹⁸ *Ibidem*, pkt 101.

W podobnym duchu orzekł unijny Sąd Pierwszej Instancji (dalej: Sąd) w sprawie umowy dostępu do infrastruktury (3G) między operatorami telefonii komórkowej w Niemczech: O2 i T-Mobile¹⁹. W ocenie Komisji, takie porozumienie nosiło ryzyko antykonkurencyjnej koordynacji między konkurentami. W ocenie Sądu, Komisja nie zbadała w sposób poprawny czy dostawca O2 mógłby z równym powodzeniem mieć dostęp do rynku usług 3G w przypadku braku takiego porozumienia. Uznany został argument konieczności zbadania kontekstu gospodarczego i prawnego porozumienia, jego celu, skutków oraz oddziaływania porozumienia na wewnątrzspółnotową wymianę handlową, biorąc pod uwagę w szczególności kontekst gospodarczy, w jakim działają przedsiębiorstwa, produkty i usługi, których dotyczy porozumienie oraz strukturę i rzeczywiste warunki funkcjonowania danego rynku²⁰. W przypadku gdy nie ma wątpliwości, że porozumienie nie ma antykonkurencyjnego celu, należy zbadać skutki porozumienia, a do objęcia go zakazem, wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób. Konkurencję, o którą chodzi, należy rozumieć tak, jak rzeczywiście by ona wyglądała, gdyby nie było spornego porozumienia, przy czym zakłócenie konkurencji może być podane w wątpliwość zwłaszcza wtedy, gdy porozumienie jest niezbędne do penetracji przez przedsiębiorstwo nowej strefy. W szczególności podkreślona została konieczność badania konkurencji w przypadkach tych rynków, które poddawane są liberalizacji lub rynków wschodzących.

Koncepcyjnie, dużo bardziej liberalne podejście do współpracy horyzontalnej między konkurentami wydaje się przedstawiać podejście amerykańskie. Porozumienia sprzedażowe (oraz zakupowe) są w Stanach Zjednoczonych regulowane aktami prawa miękkiego (*soft law*) na podstawie Wytycznych dotyczących współpracy między konkurentami²¹ (dalej: Wytyczne Agencji), które wydały dwie agencje rządowe: Federalna Komisja ds. Handlu oraz Departament Sprawiedliwości USA. Wytyczne Agencji wskazują na możliwość łagodniejszego potraktowania i ocenę o regułę rozsądku tych porozumień, które przyczyniają się do integracji funkcji gospodarczych podnoszących efektywność i powodujących prokonkurencyjne skutki, nawet jeśli jest to porozumienie, które w innym przypadku oceniane byłoby jako zakazane. Reguła rozsądku zakłada elastyczne podejście, które może się różnić w zależności od charakteru umowy i warunków rynkowych. Agencje według treści Wytycznych, skupiają się w swoich analizach na tych czynnikach, które są niezbędne do rozsądnej oceny całokształtu skutków danej umowy, w szczególności poprzez przeanalizowanie w pierwszej kolejności celu biznesowego danego porozumienia. W niektórych przypadkach brak władzy rynkowej w powiązaniu z charakterem umowy spowoduje, że Agencje poprzestaną na tym etapie i ocenią takie porozumienie jako nienaruszające prawa konkurencji. Znaczna władza rynkowa lub widoczne potencjalnie skutki antykonkurencyjne mogą jednak spowodować, że Agencje podejmą działania kwestionujące takie porozumienie i będą badać okoliczności rynkowe danego porozumienia. Dostrzegany jest jednak wyraźnie fakt, że konsumenci mogą odnieść szereg korzyści ze współpracy między konkurentami poprzez umożliwienie uczestnikom porozumienia oferowania tańszych produktów lub usług, bardziej wartościowych dla konsumenta lub

¹⁹ Wyr. SPI z 2.05.2006 r. w sprawie T-328/03 O2 v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:116.

²⁰ Wyr. SPI w spr. T-328/03 O2 v. Komisja przywołuje również: wyr. ETS z 25.11.1971 r. w sprawie 22/71 *Beguelin Import*, ECLI:EU:C:1971:113 i wyr. TS z 12.12.1995 r. w sprawie C-399/93 *Oude Luttikhuis i in.*, ECLI:EU:C:1995:434.

²¹ Antitrust Guidelines for Collaboration among competitors, Federal Trade Commission and the US Department of Justice, April 2000, dostępne na stronie www.ftc.gov.

wprowadzenia ich na rynek szybciej niż w przypadku, gdyby takie wprowadzenie było dokonywane indywidualnie; porozumienie w końcu może pozwolić uczestnikom na lepsze wykorzystanie ich środków lub mogą dostarczyć dodatkowych zachęt do inwestycji w serwis posprzedażny, który nie byłby ekonomicznie uzasadniony w braku takiego porozumienia. Organy amerykańskie uważają również ryzyko antykonkurencyjne, które zasadniczo jest zbieżne z obiekcjami Komisji Europejskiej w zakresie: wzrostu cen, redukcji mocy produkcyjnych, obniżenia jakości, serwisu lub innowacji. Kolejno wskazywane są ryzyka ograniczenia niezależności w podejmowaniu decyzji, co do np. cen lub innych elementów wrażliwych z punktu widzenia skutecznej konkurencji. Co ważne i wyróżniające, Wytyczne Agencji dostrzegają również wagę i walor zamiaru (intencji) stron porozumienia w zakresie, w jakim rzuca ono światło na skutki porozumienia, zastrzegając jednocześnie, że brak zamiaru naruszenia prawa konkurencji nie oczyszcza porozumienia z zarzutów, a negatywny zamiar nie tworzy prekluzji naruszenia²².

III. Obszary analizy dopuszczalności tworzenia grup sprzedażowych

Jak zatem podejść do analizy aliansów sprzedażowych, które już ze swojej natury mogą zniechęcać do praktycznego zastosowania. Literatura (Faull i Nikpay, 2007, s. 709). Wytyczne Horyzontalne oraz orzecznictwo pozostawiają margines (niewielki, ale jednak) do interpretacji i analizy i wskazują na szereg okoliczności, które należy rozważyć, aby ocenić porozumienie sprzedażowe. Można je zgrupować wokół następujących atrybutów porozumień w zakresie: (a) cech rynku właściwego: wielkości, rozmiaru uczestniczących przedsiębiorców, wpływu na strukturę; (b) cech porozumienia: zasady wzajemności, obiektywnej konieczności, uwspólnienia kosztów oraz (c) zachowania sprzedających: ograniczeń cenowych, koordynacji cen (zmowy) lub wymiana informacji.

1. Cechy rynku właściwego

Prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego jest jednym z podstawowych, choć nie najłatwiejszych zadań w praktycznej ocenie zasadniczo każdego porozumienia dotyczącego materii prawa konkurencji²³. Głównym celem wyznaczenia rynku właściwego jest zidentyfikowanie wszystkich aktualnych i potencjalnych konkurentów. Błędne określenie rynku właściwego dla danego porozumienia może mieć wymierne skutki w przypadku zakwestionowania postanowień lub porozumienia w całości. W szczególności, uznanie danego porozumienia za sprzeczne z art. 6 ust. 1 uokik, skutkuje sankcją nieważności z mocy prawa na podstawie art. 6 ust. 3 uokik (odpowiednio art. 101 ust. 2 TFUE)²⁴.

Jeśli chodzi o analizę cech rynku na potrzeby porozumień w zakresie wspólnej sprzedaży, warto spojrzeć w pierwszej kolejności na rozmiar lub wielkość zaangażowanych przedsiębiorców. Temat jest szczególnie istotny i zyskuje na wartości praktycznej w przypadku małych i średnich przedsiębiorców (MŚP). Historyczne Wytyczne z 1968 r. wskazywały, że nie ma odczuwalnego

²² Por. Wytyczne Agencji, w szczególności pkt. 1.2, 2.1, 3.2, 3.31.

²³ Szczególnie z uwagi na trudność w określeniu produktów substytucyjnych, które są z jednej strony wyznaczone kryteriami właściwości, ceny i zakładanego sposobu wykorzystania. Jednakże substytucyjność wymaga uwzględnienia pewnego elementu subiektywnego postrzegania produktów przez konsumentów.

²⁴ Ustawa nie przesądza o tym, czy nieważność dotyczy tylko czynności prawnych będących przejawem antykonkurencyjnej praktyki, czy także tzw. czynności (umów) pochodnych dokonywanych na podstawie i w związku z antykonkurencyjnymi praktykami (szerzej zob. Jurkowska-Gomułka, 2013, s. 357 i nast.).

efektu ograniczenia konkurencji w przypadku, gdy porozumienia w zakresie wspólnej sprzedaży zawierane są przez MŚP, nawet jeśli są konkurentami. Obecnie, Komisja odnotowuje wsparcie dla MŚP jako jeden z priorytetów Komisji dotyczących wzrostu gospodarczego, tworzenia miejsc prac oraz spójności gospodarczej i społecznej²⁵. W 1996 r. Komisja przyjęła zalecenie ustanawiające pierwszą wspólną definicję MŚP²⁶. Definicja ta była szeroko stosowana w całej UE. W 2003 r. Komisja przyjęła nowe Zalecenie²⁷, które definiuje MŚP w oparciu o wielkość zatrudnienia oraz obrót roczny lub całkowity bilans roczny. Jakkolwiek otworzone są drzwi dla MŚP do zawierania porozumień w zakresie wspólnej sprzedaży, to nie można całkowicie wykluczyć, że nawet porozumienia zawierane przez MŚP zostaną uznane za antykonkurencyjne.

Rozważając natomiast kwestię udziału rynkowego, warto spojrzeć na Komunikat Komisji dotyczący tzw. porozumień bagatelnych²⁸ (dalej: zawiadomienie *DeMinimis*). Zawiadomienie *DeMinimis* co do zasady zbudowane jest wokół odczuwalności wpływu ograniczeń konkurencji na handel. W zależności od poziomu w łańcuchu dostaw, na którym uczestnicy porozumienia funkcjonują (konkurenci, nie–konkurenci), zawiadomienia wskazuje na progi udziałów (odpowiednio 10 i 15%), które pozwalają na uznanie konkretnego ograniczenia konkurencji jako nieodczuwalnego. Temat odczuwalności wpływu na handel pozostaje poza ramami niniejszego opracowania, niemniej sygnalizacyjnie – zawiadomienie *DeMinimis* nie definiuje, co stanowi odczuwalny wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Tego rodzaju wytyczne znajdują się w zawiadomieniu Komisji w sprawie wpływu na handel²⁹, w którym Komisja wskazuje liczbowo, za pomocą progu udziału w rynku w wysokości 5% i progu obrotu w wysokości 40 mln EUR porozumienia, które zasadniczo nie są w stanie odczuwalnie wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi³⁰. Takie porozumienia zwykle nie wchodzą w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE, nawet jeśli mają na celu zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji.

Innym problemem w grupie tzw. rynkowych cech porozumień o wspólnej sprzedaży jest to, że mogą one stać się narzędziem podziału rynku. W przypadku gdy strony stosują wzajemne porozumienie do wzajemnej dystrybucji produktów w celu eliminowania faktycznej lub potencjalnej konkurencji między nimi poprzez umyślny podział rynków lub klientów, jest prawdopodobne, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Jeżeli dane porozumienie nie ma charakteru wzajemnego, ryzyko podziału rynku będzie mniejsze. Należy jednak ocenić, czy porozumienie o charakterze niewzajemnym stanowi podstawę obopólnego uzgodnienia mającego na celu unikanie wzajemnego wchodzenia na swoje rynki³¹.

W ocenie cech rynku należy również spojrzeć na jego strukturę – co do zasady wspólne organizacje sprzedażowe utworzone przez największe przedsiębiorstwa działające na skoncentrowanych rynkach będą prawdopodobnie antykonkurencyjne w świetle art. 6 uokik i w związku

²⁵ Nowa definicja MŚP, Poradnik dla użytkowników i wzór oświadczenia; Komisja Europejska, 2006; http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/sme_definition/index_pl.htm.

²⁶ Zalecenie Komisji 96/280/WE z 3.04.1996 r. dotyczące definicji małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE 1996 L 107/4).

²⁷ Zalecenie Komisji 2003/361/WE z 6.05.2003 r. dotyczące definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE 2003 L 124/1).

²⁸ Komunikat Komisji – zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*) (Dz.Urz. UE 2014 C 291/1).

²⁹ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE 2004 C 101/81), pkt 44–57.

³⁰ Porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorstwami (MŚP), zazwyczaj również nie są w stanie wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi; zob. w szczególności pkt 50 zawiadomienia.

³¹ Zob. Wytyczne horyzontalne, pkt 236.

z tym istnieje niska szansa na powodzenie w racjonalizacji takich porozumień na mocy mechanizmów wyłączeń indywidualnych. Gdyby jednak porozumienie sprzedażowe wpływało na poziom potencjalnej konkurencji, szczególnie na rynkach, na których konkurencja jest zasadniczo słaba, wówczas taka współpraca raczej byłaby kwalifikowana jako antykonkurencyjna³². Zasadnicza argumentacja jednak prokonkurencyjna, jaka wydaje się wybrzmiewać z orzecznictwa unijnego, sprowadza się do takich okoliczności, które ułatwiają wejście na rynki, na których przedsiębiorcy dotąd nie prowadzą działalności lub też chciałyby ten zakres poszerzyć. W decyzji w sprawie *SAFCO*³³ Komisja wskazała, że wspólna agencja sprzedaży zorganizowana przez MŚP może ułatwiać i wzmacniać podejmowanie przez te przedsiębiorstwa nowych działań eksportowych, ponad swój zasadniczy zakres działalności, a tym samym jest to działanie pożądane z punktu widzenia wzrostu konkurencji. Decyzja ta miała w swoim ekonomicznym założeniu zachęcać przedsiębiorstwa do wchodzenia na nowe rynki poprzez tworzenie sieci współpracy sprzedażowej na poziomie MŚP, a przez to wzmacnianie ich konkurencyjności. W podobnym duchu, w sprawie ułatwień wejść na nowe rynki, wypowiedziała się Komisja w decyzji w sprawie *Cekacan*³⁴. Komisja oceniła zawarte między stronami porozumienie dotyczące joint venture (poprzez utworzenie nowej spółki) między przedsiębiorstwami z dwóch różnych krajów, którego celem było rozszerzenie możliwości sprzedaży produktów producenta na obszarze całej Europy. Oceniono, że przedmiotowe porozumienie wspólnej sprzedaży pozwoliło na zwiększenie zasięgu korzystania z bardzo innowacyjnego produktu oraz było też niezbędne do umożliwienia stronom stworzenia efektywnego systemu dystrybucyjnego na nowych rynkach. Przykład współpracy konkurentów w celu umożliwienia jednej ze stron wejścia na rynek, na który nie byłaby w stanie wejść samodzielnie lub wspólnie z mniejszą liczbą stron niż liczba faktycznych uczestników współpracy, np. z powodu związanych z tym kosztów jest również powoływany przez Wytyczne horyzontalne³⁵. Szczególnym przykładem byłyby umowy konsorcyjne, które umożliwiają uczestniczącym przedsiębiorstwom udział w projektach, których nie byłyby w stanie podjąć indywidualnie. Ponieważ strony umów konsorcyjnych nie są zatem potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu, nie dochodzi do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE (czy też art. 6 uokik) (Kostecka-Jurczyk, 2014, s. 53). Podobnie, nie wszystkie wzajemne porozumienia dystrybucyjne mają na celu ograniczanie konkurencji. W zależności od stanu faktycznego w danym przypadku niektóre wzajemne porozumienia dystrybucyjne mogą jednak wywołać skutki ograniczające konkurencję. Kluczowym zagadnieniem przy ocenie tego rodzaju porozumienia jest czy przedmiotowe porozumienie jest obiektywnie konieczne, aby strony mogły wzajemnie wejść na swoje rynki. Jeżeli jest konieczne, to dane porozumienie nie stwarza problemów w zakresie konkurencji o charakterze horyzontalnym. Jeżeli jednak porozumienie zmniejsza niezależność jednej ze stron w podejmowaniu decyzji w odniesieniu do wejścia na rynek lub rynki pozostałych stron poprzez ograniczenie bodźców do takiego działania, prawdopodobnie wywoła ono skutki ograniczające konkurencję. Te same argumenty odnoszą się do porozumień o charakterze niewzajemnym, w przypadku których skutki ograniczające konkurencję są jednak mniej wyraźne³⁶.

³² Dec. KE z 28.07.1979 r., 80/182/EWG, *Floral* (Dz.Urz. EWG 1980 L 39/51).

³³ Dec. KE z 16.12.1971 r., 72/23/EWG, *SAFCO* (Dz.Urz. EWG 1972 L 13/44).

³⁴ Dec. KE z 15.10.1990 r., 90/535/EWG, *Cekacan* (Dz.Urz. EWG 1990 L 299/64).

³⁵ Pkt 238 Wytycznych horyzontalnych.

³⁶ Por. Wytyczne horyzontalne, pkt 242.

2. Cechy porozumienia

Analiza cech porozumienia, wymaga spojrzenia na relacje wertykalno-horyzontalne. Rozporządzenie 330/2010³⁷ oraz Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych³⁸ (dalej: Wytyczne wertykalne), zasadniczo obejmują porozumienia dystrybucyjne, chyba że strony porozumienia są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Jeżeli konkurenci zgodzą się dystrybuować swoje produkty substytucyjne na zasadzie wzajemności (w szczególności jeżeli prowadzą takie działania na różnych rynkach geograficznych), w niektórych przypadkach istnieje możliwość, że celem lub skutkiem tych porozumień będzie podział rynków między stronami lub że doprowadzą one do zмовy. To samo może dotyczyć porozumień o charakterze niewzajemnym zawieranych między konkurentami. Porozumienia wzajemne i porozumienia o charakterze niewzajemnym zawierane między konkurentami należy zatem ocenić najpierw zgodnie z zasadami przedstawionymi w Wytycznych horyzontalnych. Jeżeli ocena taka prowadzi do wniosku, że współpraca między konkurentami w dziedzinie dystrybucji byłaby w zasadzie możliwa do zaakceptowania, konieczna będzie dalsza ocena w celu zbadania ograniczeń wertykalnych obecnych w takich porozumieniach. Ten drugi etap oceny powinien opierać się na zasadach przedstawionych w Wytycznych wertykalnych. Jeżeli strony są konkurentami, rozp. 330/2010 obejmuje jedynie zawierane między konkurentami porozumienia wertykalne o charakterze niewzajemnym, jeżeli a) dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, podczas gdy nabywca jest dystrybutorem, a nie przedsiębiorstwem konkurującym na szczeblu wytwórstwa lub b) dostawca świadczy usługi na kilku poziomach obrotu handlowego, natomiast nabywca dostarcza towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie świadczy usług konkurencyjnych na tym poziomie obrotu, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem (art. 2 ust. 4 rozp. 330/2010).

Porozumienia wertykalne między konkurentami wchodzą w zakres zastosowania wyłączeń grupowych tylko w zakresie, w jakim odnoszą się do tzw. dystrybucji dwutorowej, czyli sytuacji w której producent towarów (lub usługodawca) prowadzi zarazem działalność dystrybucyjną w odniesieniu do towarów (usług) w konkurencji do niezależnych dystrybutorów (Wijckmans i in., 2018, s. 197). Dla omawianych wyjątków istotne znaczenie ma zderzenie relacji i definicji przedsiębiorstwa konkurującego według art. 1 ust. 1 lit. c) rozp. 330/2010 (przedsiębiorstwa konkurujące to przedsiębiorstwa działające na tym samym rynku produktowym i geograficznym) z brzmieniem art. 2 ust. 4 tegoż rozporządzenia (porozumienia wertykalne o charakterze niewzajemnym między konkurentami mogą skorzystać z wyłączenia grupowego, jeśli nabywca będzie dystrybutorem, lecz nie „przedsiębiorcą konkurującym na szczeblu wytwórstwa”) (Wijckmans i in., 2018, s. 197). Ponieważ pojęcie „konkurencji na szczeblu wytwórstwa” nie zostało zdefiniowane w rozp. 330/2010 ani też w Wytycznych wertykalnych, należy zwrócić uwagę na dwie kwestie:

- 1) w myśl definicji pojęcia „przedsiębiorstwa konkurującego” w świetle rozp. 330/2010, za przedsiębiorstwo konkurujące na szczeblu wytwórstwa nie może być uznany nabywca, który prowadzi działalność wytwórczą na tym samym rynku produktowym co działalność dostawcy, ale na innym rynku geograficznym; odmienna interpretacja prowadziłaby do wykluczenia możliwości skorzystania z wyłączeń grupowych porozumień wertykalnych o charakterze

³⁷ Rozporządzenie Komisji Europejskiej (UE) nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. UE L 102/1).

³⁸ Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz. UE 2010 C 130/1).

niewzajemnym zawieranych pomiędzy przedsiębiorstwami, których samo rozporządzenie nie traktuje jako konkurentów;

- 2) kwestią dyskusyjną jest, czy rozp. 330/2010 mogłoby być właściwe dla porozumienia wertykalnego między przedsiębiorstwami konkurującymi na rynku wytwórstwa, ale którego przedmiotem byłyby inne towary niż towary konkurencyjne. Wydaje się, że porozumienia, na podstawie których producent rozszerza swoją ofertę o produkty, których sam nie wytwarza, a które są wytwarzane przez jego konkurenta na innym rynku, powinny mieć możliwość skorzystania z wyłączenia grupowego (zakładając spełnienie pozostałych przesłanek); podobnie analiza mogłaby wyglądać w zakresie umów porozumień sprzedażowych o charakterze wzajemnym, zawieranych między konkurentami, o ile takie umowy dotyczą towarów innych niż konkurencyjne (Wijckmans i in., 2018, s. 198).

3. Zachowania sprzedających

Swoboda kształtowania się cen oraz samodzielność w prowadzonej działalności są jednymi z najistotniejszych warunków funkcjonowania skutecznej konkurencji na rynku. W tym kontekście porozumienia dotyczące współpracy sprzedażowej, szczególnie w relacji horyzontalnej, która jak wskazano co do zasady jest ostrzej oceniana niż relacja wertykalna, są wyjątkowo istotne, jeśli chodzi o spektrum potencjalnych naruszeń. Analiza zachowań sprzedających najczęściej skupiają się wokół koordynacji współpracy i wymiany informacji. Koordynacja i wspólne działanie mogą dotyczyć wielu obszarów, mogą stanowić relację quasi-jednostronną (np. w której jeden z konkurentów jest mniej aktywny lub całkowicie nie podejmuje działań) lub angażują się w porównywalnym zakresie (np. dwóch konkurentów w równej mierze wnosi do porozumienia, jak i z niego korzysta). Najczęstsza jest koordynacja wspólnej polityki sprzedażowej, która może godzić w elementarne zasady wolnej konkurencji: ustalanie cen odsprzedaży, ustalanie limitów sprzedażowych (porozumienia kontyngentowe), ustalanie obszarów wpływów (porozumienia podziałowe). Badając zatem zachowania uczestników porozumienia w szczególności uwagę należy zwrócić na wspólne ustalanie polityki cenowej. Porozumienia, których celem będzie koordynacja polityki handlowej, szczególnie w odniesieniu do cen często mogą być uznane za ograniczenie ze względu na cel. Ocena ta raczej nie ulegnie zmianie, jeżeli porozumienie nie ma charakteru wyłącznego, tzn. strony mogą swobodnie sprzedawać poza porozumieniem dopóty, dopóki można stwierdzić, że dane porozumienie będzie prowadziło do ogólnej koordynacji cen. Nawet jeśli porozumienie nie obejmuje ustalania cen, również może wywoływać skutki antykonkurencyjne, jeśli jest na tyle atrakcyjne w zakresie podziału między uczestników swoich kosztów, że prowadzi do zмовy. Im strony mają wyższy udział kosztów zmiennych, które dzielą między sobą na mocy takiego porozumienia, tym wyższe prawdopodobieństwo zмовy³⁹. Prawdopodobieństwo powstania zмовy zależy od władzy rynkowej stron i cech rynku właściwego. Stopień uwspólnienia kosztów może zwiększyć ryzyko zмовy wówczas, gdy strony mają władzę rynkową, a koszty wspólnej sprzedaży stanowią znaczną część kosztów zmiennych związanych z produktem objętym porozumieniem. Nie dzieje się tak na przykład gdy współpraca dotyczy produktów jednorodnych, dla których najwyższym czynnikiem kosztów jest produkcja. Warto zwrócić uwagę, że uwspólnienie kosztów wspólnej sprzedaży zwiększa jednak ryzyko zмовy, jeżeli porozumienie o komercjalizacji

³⁹ Por. Wytyczne horyzontalne, pkt 242.

dotyczy produktów, które wiążą się z kosztowną komercjalizacją, np. wysokimi kosztami związanymi z dystrybucją lub obrotem. W związku z tym porozumienia dotyczące wspólnej reklamy i promocji również mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję w przypadku, gdy koszty te stanowią znaczący czynnik kosztów⁴⁰.

Zachowania uczestników związane z wymianą informacji objętych tajemnicą handlową, zwłaszcza dotyczących strategii wprowadzania do obrotu i polityki cenowe są wyjątkowo wrażliwym obszarem do analizy. W przypadku większości aliansów sprzedażowych do wdrożenia porozumienia potrzebny jest pewien poziom wymiany informacji. Konieczne zatem jest sprawdzenie czy wymiana informacji może doprowadzić do zмовy w odniesieniu do działań stron w ramach współpracy lub poza nią. Wszelkie negatywne skutki wynikające z wymiany informacji nie będą oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia. Przykładowo, wymiana informacji o cenach między stronami porozumienia dotyczącego wspólnej reklamy wspierającego alians sprzedażowy może doprowadzić do zмовy w odniesieniu do sprzedaży wspólnie reklamowanych produktów. W każdym razie wymiana takich informacji w kontekście porozumienia dotyczącego wspólnej reklamy wykracza poza to, co byłoby konieczne do wdrożenia tego porozumienia⁴¹.

Na koniec warto jedynie przypomnieć, że nie będą naruszać reguł konkurencji relacje, które dotyczą usług posprzedażowych (serwis, naprawa itp.), nawet gdy dotyczą konkurentów, w przypadku gdy przedsiębiorcy zawierają niezależnie od siebie umowy z tym samym – niezależnym od nich – dostawcą usług posprzedażowych. Takie działania nie zostaną zakwalifikowane bowiem jako wspólna sprzedaż (Faull i Nikpay, 2007, s. 708).

IV. Okoliczności, w których warto rozważyć zawieranie porozumień sprzedażowych

Skoro porozumienia o wspólnej sprzedaży wydają się być tak karkołomnym zadaniem również gospodarczo-prawnym, to nasuwa się pytanie, czy są okoliczności, w których warto pokusić się o taki wysiłek. Wydaje się, że przynajmniej kilka sytuacji można przedstawić jako propozycję.

Przedsiębiorcy działają na rynku monopsonistycznym. Stan faktyczny, w którym dostawcy zdani są praktycznie na jednego odbiorcę (lub kilku, ale o znacznej sile rynkowej) skłania do rozważenia grupy sprzedażowej, nawet między konkurentami. Przytoczone orzeczenie w sprawie *AMRAC*, decyzje Komisji w sprawach praw do transmisji sportowych czy też rozwiązania sektorowe w postaci Wytycznych Komisji w sprawie sprzedaży oliwek dają nadzieję na potencjalną możliwość wypracowania takiego porozumienia w określonym stanie faktycznym w praktyce, które mogłoby spełniać również kryteria dopuszczalnych porozumień sprzedażowych w świetle Wytycznych horyzontalnych. W ekonomii monopson jako typ struktury rynku jest przeciwieństwem monopolu (z konkurencją idealną między tymi dwoma typami). Jakkolwiek słuszne jest założenie i dążenie do zapewnienia skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami, to nie można stracić z oczu ograniczeń, z jakimi spotykają oni w zderzeniu z jedynym odbiorcą swoich produktów lub usług. Przykładowe rynki tradycyjnie uznawane za posiadające silną pozycję po stronie zakupowej

⁴⁰ Ibidem, pkt 242–243.

⁴¹ Wytyczne horyzontalne, pkt 244–245.

(popytu) to rynki rolne (skupu określonych płodów rolnych), mleczarskie (szczególnie w przypadku ograniczonej ilości mleczarni na danym obszarze). Przykładowo, w Polsce potencjalnie można rozważyć rynek internetowych ofert pracy lub księgarski jako relatywnie silny po stronie popytowej.

Przedsiębiorcy są konkurentami i chcą wejść na nowy rynek. Sytuacja, gdy porozumienie między konkurentami jest niezbędne do ekspansji na nowe lub innowacyjne rynki, na które nie mogliby wejść samodzielnie. Połączenie sił i propozycja oferty, która w innym wypadku nie byłaby możliwa jest opcją argumentowania potrzeby stworzenia grupy sprzedażowej. Istotne jest przy tym zachowanie jednak własnej niezależności w prowadzeniu działalności.

Przedsiębiorcy są konkurentami i korzystają z wyłączenia *de minimis*. Skala działania konkurentów i ich udział w rynku może mieć wpływ na ocenę dopuszczalności stworzenia grupy sprzedażowej. Zasadniczo, z zastrzeżeniem warunków wymienionych w Zawiadomieniu *De Minimis* dotyczących najpoważniejszych ograniczeń konkurencji i kwestii odnoszących się do skutków skumulowanych, porozumienia wertykalne zawarte przez niekonkurujące przedsiębiorstwa, których indywidualny udział w danym rynku nie przekracza 15% zasadniczo nie będą uznane za niekonkurencyjne, a w przypadku porozumień między przedsiębiorstwami konkurującymi próg udziału wynosi 10% w odniesieniu do ich łącznego. Porozumienia między przedsiębiorstwami, których udział w rynku przekracza próg 15% mogą nie mieć znaczącego wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi i nie muszą stanowić znaczącego ograniczenia konkurencji. Porozumienia te należy oceniać w ich kontekście prawnym i ekonomicznym według kryteriów wskazanych w Wytocznych wertykalnych.

Przedsiębiorcy nie są konkurentami. Porozumienia zawierane między przedsiębiorcami, którzy nie są wobec siebie konkurentami mogą być oparte na przynajmniej dwóch stanach – faktycznym i prawnym.

Przedsiębiorcy działają na innych rynkach, oferują różne produkty lub usługi. Przykładowo producent szyb okiennych oraz producent kostki brukowej chcieliby zjednoczyć swoje siły wobec dużej sieci oferującej materiały budowlane. Zakładając, że żaden z podmiotów nie ma w perspektywie rozwoju w kategoriach, w których działa drugi z uczestników (czyli że nie będą również spełniać kryterium potencjalnej konkurencji) – przedsiębiorcy będą mogli rozważyć zawarcie porozumienia o wspólnej sprzedaży.

Przedsiębiorcy należą do grupy kapitałowej. Porozumienia zakazane na gruncie ustawy muszą być zawierane co do zasady między podmiotami, które są w stosunku do siebie niezależne, a w konsekwencji mogą samodzielnie podejmować decyzje. Zawieranie porozumień sprzecznych z prawem konkurencji nie dotyczy co do zasady porozumień zawieranych pomiędzy podmiotami, które wchodzą w skład grupy kapitałowej. W ich przypadku brakuje bowiem swobody w podejmowaniu samodzielnych decyzji gospodarczych. Spółki z grupy kapitałowej nie są także względem siebie konkurentami, a tym samym porozumienie zawarte pomiędzy spółkami z grupy kapitałowej stanowią w istocie jedynie formę alokacji zadań i obowiązków pomiędzy podmioty, które stanowią jeden organizm gospodarczy, tzw. SEU (*Single Economic Unit*), i jako takie ze swej istoty nie są one sprzeczne z prawem konkurencji (Stawicki, 2016, s. 226, 241). Tym samym podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej mogą raczej swobodnie zawierać porozumienie o wspólnej sprzedaży.

V. Uwagi końcowe

Tematyka porozumień sprzedażowych może zyskiwać na znaczeniu wraz z dalszym wzrostem siły nabywczej detalistów, a szczególnie w świetle postępujących procesów konsolidacyjnych. W praktyce dostawcy większości branż mogą spotykać się z istotną pozycją negocjacyjną kupujących, która niejednokrotnie przybiera formy nieuczciwych praktyk rynkowych lub wręcz praktyk nadużywania pozycji dominującej. Ostatnie dwa aspekty nie były przedmiotem niniejszego artykułu, niemniej nie można w uwagach końcowych choćby nie napomknąć o szerokim spektrum działań, którym porozumienia o wspólnej sprzedaży – jeśli prawidłowo ustawione prawnie i ekonomicznie – mogłyby się przeciwstawić.

Ustawodawca polski oraz organy unijne dostrzegają potrzebę zapewnienia równowagi i partnerstwa w dialogu sprzedażowym w sektorze rolno-spożywczym. Zarówno polska ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w obrocie produktami rolnymi, jak i unijne Wytyczne dot. sprzedaży oliwy przed nawias wysuwają szeroko rozumiane produkty rolno-spożywcze. Zastanowić się można czy otwarcie się na dopuszczalną w granicach prawa interpretację i tworzenie wspólnych organizacji sprzedażowych w innych branżach, które ważyłyby aspekty zarówno publiczno-prawny (zwiększenie konkurencyjności podmiotów uczestniczących), jak i prywatno-prawny (zrównoważenie sił negocjacyjnych) – w ostatecznym rachunku nie przyczyniłoby się do wymiernych korzyści tak dla konsumentów, jak i dla przedsiębiorców (według koncepcji *total welfare*).

Bibliografia

- DG Comp. (2015). Press Release: Antitrust: new Commission Guidelines on joint selling of olive oil, beef and veal, and arable crops. Brussels, 27 November.
- Faull, J. i Nickpay, A. (2007). *The EC Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2011). Dopuszczalność porozumień zakupowych w świetle reguł konkurencji w wybranych systemach prawnych. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 11, 67–93.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2013). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję. W poszukiwaniu zrównoważonego modelu współistnienia*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Konsolidacja na polskim rynku hurtowym FMCG. (2016). *Wiadomości Handlowe*, 18 października. Pozyskano z: <https://www.wiadomoscihandlowe.pl/drukujpdf/artukul/9197>.
- Kostecka-Jurczyk, D. (2014). *Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji*. Wrocław: Uniwersytet Wrocławski.
- Skoczny, T. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red) (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Tajer, S. (2014). Procesy konsolidacji w handlu hurtowym w okresie spowolnienia gospodarki. *Handel Wewnętrzny*, 3(350), 3–14.
- ten Kate, G., van der Wall, S. (2017). Eyes on the price: International supermarket buying groups in Europe. *SOMO Paper*.