



# I Polski Kongres Prawa Konkurencji

## **Antykonkurencyjny cel lub skutek w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży**

---

Konrad Kohutek



# I Polski Kongres Prawa Konkurencji

## **Antykonkurencyjny cel lub skutek w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży**

---

Konrad Kohutek

Draft Paper.  
Please do not quote

**Konrad Kohutek\***

**Antykonkurencyjny cel lub skutek  
w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży**

**I.** Wprowadzenie

**II.** Kategoryzacja porozumień ze względu trzy różne kryteria: potencjał antykonkurencyjny, szczebel obrotu oraz rodzaj (treść): implikacje analityczne

**III.** Antymonopolowa kwalifikacja RPM przyjmowana przez Prezesa UOKiK  
i w orzecznictwie

**IV.** RPM a konkurencja cenowa i pozacenowa

**V.** RPM a konkurencja między- i wewnątrzmarkowa

**VI.** Przegląd decyzji Prezesa UOKiK w kontekście prawidłowości antymonopolowych kwalifikacji RPM: postulaty analityczno-interpretacyjne

1. Uwagi wprowadzające

2. RPM ograniczające konkurencję

3. Brak faktycznego stosowania RPM

4. RPM we franczyzie: sprawa Sfinks jako przykład niezasadnej interwencji antymonopolowej

**VII. Refleksje końcowe**

---

\*\* Dr hab. Konrad Kohutek, profesor Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego.

## I. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest prezentacja oraz ocena antymonopolowej kwalifikacji wertykalnego ustalania cen odsprzedaży (RPM<sup>1</sup>) jaka przyjmowana jest w polskim sądownictwie i w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK. Artykuł ów, choć formalnie podzielony jest na sześć punktów, od strony metodyki badawczej składa się z dwóch części - pierwszej o charakterze „normatywno-systemowym” (aksjologicznym) oraz drugiej – natury bardziej empirycznej. W tej pierwszej zawarto wywody dotyczące prawnej klasyfikacji porozumień antykonkurencyjnych, założeń leżących u podstaw takiego, a nie innego ich podziału oraz zasadności zaliczania określonego porozumienia (zwłaszcza RPM) do danej kategorii (w tym zakazu ze względu na cel lub ze względu na skutek w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k.<sup>2</sup>/art. 101 ust. 1 TFUE<sup>3</sup>). Zamieszczone w części pierwszej (pkt II-V) rozważania odnoszą się do generalnych założeń/celów ustanowionego w przepisach tych zakazu w kontekście takich zagadnień jak „konfrontacja” konkurencji cenowej i pozacenowej, czy też z konkurencji między- oraz wewnątrzmarkowej. Druga część opracowania obejmuje przegląd i ocenę wybranych decyzji Prezesa UOKiK w drodze których ingerował w praktyki RPM. Na podstawie tego rodzaju materiału badawczego sformułowane zostały pewne generalne postulaty lub spostrzeżenia.

## II. Kategoryzacja porozumień ze względu na trzy kryteria: potencjał antykonkurencyjny, szczebel obrotu oraz rodzaj (treść): implikacje analityczne

1. Przyjęte na podstawie art. 6 ust. 1 u.o.k.k./art. 101 ust. 1 TFUE rozróżnienie na porozumienia zakazane ze względu na antykonkurencyjne cel oraz ze względu na antykonkurencyjne skutek w istocie oznacza wykreowanie dwóch ogólnych kategorii zakazanych porozumień<sup>4</sup>, tj. tych **stanowiących poważne ograniczenie konkurencji oraz nie mających takiego statusu**. Wynikający z treści tych przepisów podział dokonywany jest więc w oparciu o **kryterium antykonkurencyjnego potencjału danego porozumienia**, przy

---

1 Ang. *Resale Price Maintenance*.

2 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.).

3 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 306 z 17 grudnia 2007 r., s. 1), wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE C 83 z 30 marca 2010 r., s. 47).

czym potencjał ów jest wyższy (znacznie wyższy) w przypadku tych porozumień, które klasyfikowane są jako zakazane z względu na cel<sup>5</sup> (a zarazem taka klasyfikacja będzie prawidłowa, uzasadniona<sup>6</sup>). Porozumienia, których antykonkurencyjny status wynika stąd, iż mają one antykonkurencyjny skutek to te, które nie stanowią najcięższego ograniczenia konkurencji. Co warte uwagi, literalna interpretacja omawianego tu podziału prowadzi do odmiennej kategoryzacji, czyli takiej, zgodnie z którą bardziej restrykcyjnemu reżimowi antymonopolowemu podlegać powinny porozumienia mające antykonkurencyjny skutek i stąd rzeczywiście godzące w mechanizmy konkurencji za szkodą dla konsumentów; z językowego punktu widzenia, porozumienia, które mają jedynie antykonkurencyjny cel (tj. intencję negatywnego oddziaływania na konkurencję przez jego strony – zatem antykonkurencyjnych skutków w ogóle mogą nie wywoływać) powinny podlegać bardziej liberalnemu podejściu (jak to jest choćby w przypadku instrumentów prawa karnego, które z zasady wyższe kary przewidują za dokonanie czynu zabronionego niż za sam uzewnętrzniony zamiar ich dokonania). W świetle zaś ugruntowanej wykładni art. 6 ust. 1 u.o.k.k./art. 101 ust. 1 TFUE porozumienia zakazane („aż”) ze względu na cel (przedmiot<sup>7</sup>) podlegają bardziej restrykcyjnemu reżimowi prawno-konkurencyjnemu niż te zakazane („tylko”) ze względu na skutek. Wiąże się to z koniecznością skupienia się przede wszystkim na obiektywnych kryteriach przy ewaluacji celu o jakim mowa w tych przepisach<sup>8</sup>.

4 Zob. też np. pkt 29 wyroku Trybunału z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile i in. v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Zb. Orz. 2009, s. I-4529 (dalej, „wyrok w sprawie *T-Mobile*”) oraz pkt 17 wyroku Trybunału z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawie C-209/07 *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd*, Zb. Orz. 2008, s. I-8637, dalej: „wyrok w sprawie *BIDS*”.

5 Co wynika także ze stanowiska Komisji, która zwraca uwagę, iż „ograniczenia konkurencji ze względu na cel/przedmiot to takie, które ze swej natury mają potencjał do ograniczenia konkurencji” (*Restrictions of competition "by object" are those that by their very nature have the potential to restrict competition*); zob. *Commission Staff Working Document Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice Accompanying the document communication from the commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*.

6 Co niekoniecznie miało miejsce w dotychczasowej praktyce stosowania zakazu z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży (o czym niżej).

7 W piśmiennictwie posługiwano się zwrotem „przedmiot” – od ang. *object* – uznaje się za bardziej „adekwatne językowo”, a za pewne bliższe angielskiemu terminowi (*restriction by object*); tak B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie konkurencji*, Kwartalnik Prawa Publicznego, nr 2/2012, s. 34 zob. też A. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 442. Warto jednak dodać, iż np. niemieckojęzyczna wersja językowa zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE - podobnie jak art. 6 ust. 1 u.o.k.k. – posługuje się terminem „porozumień które mają na celu ograniczenie konkurencji” (*Vereinbarungen (...) welche (...) eine Einschränkung (...) des Wettbewerbs (...) bezwecken*).

8 Zob. np. pkt 21 wyroku w sprawie *BIDS*; zob. też np. D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. Glosa do wyroku ETS z 20.11.2008 r. w sprawie C-*

Z orzecznictwa wynika, iż o tym, czy dane porozumienie należy kwalifikować jako zakazane ze względu na cel powinien decydować ekonomiczno-prawny kontekst jego zawarcia (wykonywania<sup>9</sup>). Sądy unijne tego typu porozumienia w sposób raczej ogólnikowy określają jako te, które z uwagi na sam ich charakter są szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji<sup>10</sup>. Z analitycznego punktu widzenia bardziej precyzyjne jest w tej materii orzecznictwo Sądu Najwyższego, który porozumienie (zachowanie) mające na celu ograniczenie konkurencji uznaje takie, „którego nieodzownym skutkiem jest ograniczenie konkurencji” lub takie, którego „wdrożenie nieuchronnie doprowadzi do wywołania antykonkurencyjnego skutku”<sup>11</sup>. Cytowane stwierdzenia SN wyjaśniają zasadność ustanowienia alternatywnego charakteru „przesłanki celu” oraz „przesłanki skutku” w art. 6 ust. 1 u.o.k.k.. Zakwalifikowanie danego porozumienia do kategorii zakazanego ze względu na cel zwalania organ antymonopolowy z obowiązku udowodnienia antykonkurencyjnych skutków. Wystąpienie takich skutków jest – a ściślej - może być domniemywane<sup>12</sup> z tego powodu, iż na bazie dotychczasowych doświadczeń i/lub wiedzy ekonomicznej, dane porozumienia zawsze lub prawie zawsze powodują skutki ograniczające konkurencję<sup>13</sup>, czy też – używając terminologii SN – wdrożenie danego porozumienia oznacza „nieodzowność”, „nieuchronność” antykonkurencyjnych skutków.

---

209/07, EPS 2010, nr 8, s. 52, 55-56.

9 Zob. np. pkt 36 wyroku Trybunału z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal*, [www.eur-lex](http://www.eur-lex), a z wcześniejszych orzeczeń, pkt 15 wyroku w sprawie *BIDS*, pkt 27 wyroku w sprawie *T-Mobile*.

10 Pkt 29 wyroku w sprawie *T-Mobile*”, pkt 17 wyroku w sprawie *BIDS* oraz pkt 36 wyrok Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence i in.*, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

11 Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08, OSNP 2010, nr 13–14, poz. 179; wyrok SN z dnia 20 lutego 2014 r., III SK 26/13, LEX nr 1448754 oraz wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09, OSNP 2011, nr 19–20, poz. 266.

12 W przypadku więc prawidłowej kwalifikacji określonego porozumienia jako zakazanego ze względu na cel w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. (co nie zawsze miało miejsce w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK; zob. zwłaszcza pkt 6.3.-6.4) wspomniane domniemanie jest nie tylko ekonomicznie i aksjologicznie legitymowane (stąd prawidłowe), ale także analitycznie wskazane, gdyż zwiększa stosowalność tego zakazu (na temat rozumienia pojęcia prawidłowości i stosowalności danej reguły konkurencji, zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 33-43). W przypadku pozostałych porozumień, tj. tych nie podlegających klasyfikacji jako zakazane ze względu na cel - a zatem takich, które mogą naruszać zakaz z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. tylko z uwagi na ich antykonkurencyjny skutek - domniemanie antykonkurencyjnego skutku nie jest dopuszczalne; tak też A. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 231.

13 Zob. np. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel...*, s. 36; zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające ...*, s. 197-202.

Z powyższego wynika, iż badanie, czy dane porozumienie należy zaliczyć do tego, które albo ma na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k./art. 101 ust. 1 TFUE albo skutkuje ograniczeniem konkurencji w rozumieniu tego przepisu, **każdorzazowo decydować mają/powinny (negatywne dla rynku - konkurencji) skutki tego porozumienia**; jakkolwiek w tym pierwszym przypadku są to skutki prawdopodobne (przyszłe), które nie trzeba wykazywać (można je domniemywać), podczas gdy w tym drugim, decydować mają konkretne, udowodnione skutki (faktyczne). Również i ta teza potwierdza, że art. 6 ust. 1 u.o.k.k./art.101 ust. 1 TFUE nie może być interpretowany literalnie<sup>14</sup>.

2. Z punktu widzenia tematyki tego opracowania konieczne jest także odniesienie się do innego kryterium klasyfikacji porozumień, czyli **szczebla obrotu** na jakim działają przedsiębiorcy będący jego stroną. Na tej podstawie wyróżnia się porozumienia horyzontalne (między przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego) oraz wertykalne (między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność na różnych szczeblach).

Nie ma wątpliwości, iż zakaz porozumień antykonkurencyjnych może znaleźć zastosowanie zarówno do porozumień horyzontalnych (pomiędzy konkurentami), jak i wertykalnych (pomiędzy niekonkurentami). Potwierdza to wczesne orzecznictwo unijne<sup>15</sup>. Na gruncie prawa polskiego można to wydedukować z treści art. 7 u.o.k.k.<sup>16</sup>.

Z kategoryzacją porozumień na podstawie wskazanego tu kryterium ściśle wiąże się – istotne dla rozważań niniejszego opracowania – rozróżnienie na **konkurencję międzymarkową** (na jaką porozumienia wertykalne mogą, lecz wcale nie muszą mieć wpływu) oraz **konkurencję wewnątrzmarkową**, której – przynajmniej niektóre obszary (np. cena) - w zasadzie zawsze są ograniczane (a nawet wyeliminowane) wskutek stosowania RPM (szerzej o tym, zob. pkt V).

---

14 Taka „czysto” gramatyczna wykładnia prowadziłaby do przyjęcia, iż bardziej szkodliwe są te porozumienia, które faktycznie szkodzą konkurencji, czyli wywołują/wywołały już antykonkurencyjny skutek (są to więc porozumienia zakazane „ze względu na skutek”) niż te, które tylko mają antykonkurencyjny cel (zatem niekoniecznie skutek taki się ziścił). Są to więc wnioski zupełnie odmienne niż te jakie wynikają z upowszechnionej interpretacji zakazu z art. 6 ust. 1 u.o.k.k./101 ust. 1 TFUE.

15 Zob. zwłaszcza wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawie 56/64 i 58/64 *Consten Grundig v. Komisji*, Rec. 1966, s. 299, gdzie wskazano, iż (obecny) art. 101 ust. 1 TFUE dotyczy także „porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach obrotu gospodarczego” (*agreements between undertakings placed at different levels in the economic process*).

16 Wyłącza on stosowanie zakazu z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. także odnośnie do porozumień zawieranych pomiędzy „przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami”, skąd wynika, iż zakaz ów stosuje się także do takich porozumień (wertykalnych).

3. Istnieje również trzecie kryterium kategoryzacji porozumień (na potrzeby stosowania art. 6 ust. 1 u.o.k.k.). Chodzi o jego rodzaj/treść<sup>17</sup>, na mocy którego można wyróżnić np. porozumienia cenowe, podziałowe, bojkot, zmowa przetargową. To (dość oczywiste i powszechnie stosowane) kryterium wymieniam w tym miejscu nie tylko ze względów „porządkowych”, ale przede wszystkim z racji jego doniosłości dla rozważań przyjętych w niniejszym opracowaniu (zob. niżej). Należy zarazem zauważyć, iż w samym jego tytule odzwierciedlenie znajduje każde z trzech wskazanych tu kryteriów.

4. Mając na uwadze powyższe kryteria klasyfikacji porozumień, można przyjąć pewne założenia (tezy), których zasadność (jak sądzę) potwierdzona zostanie w niniejszym artykule, przy czym nie zawsze są one zgodne podejściem które w danym obszarze prezentuje Prezes UOKiK i/lub orzecznictwo.

Po pierwsze, z zasady większy potencjał antykonkurencyjny mają porozumienia horyzontalne niż wertykalne (co nie budzi większych wątpliwości w doktrynie<sup>18</sup>). Nie oznacza to jednak, że każde porozumienie horyzontalne, które ogranicza (może ograniczać) konkurencję powinno być klasyfikowane jako zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel<sup>19</sup>. Po drugie, o przynależności danego porozumienia do kategorii zakazanego ze względu na cel lub ze względu na skutek nie powinien (sam w sobie) przesądzać rodzaj porozumienia. Stanowisko uznające, że każde porozumienie cenowe jest takim, które należy kwalifikować jako porozumienie zakazane ze względu na cel jest nieprawidłowe, przy czym dotyczy to w szczególności porozumień wertykalnych<sup>20</sup>. Po trzecie – co zarazem stanowi zasadniczą, ogólną konkluzję niniejszego opracowania – mimo że stosunkowo szeroka grupa przypadków (być może podobnych w swych „cechach zewnętrznych”) w jakich wertykalne ustalanie cen odsprzedaży powinno być uznane jako zakazane ze względu na cel, to jednak w obrocie handlowym tego rodzaju ograniczenia stosowane są (a z pewnością mogą być) w celu innym niż ograniczenie konkurencji (w tym także w celu prokonkurencyjnym). Nawet jeśli przypadki te statystycznie stanowią węższą grupę<sup>21</sup>, to jednak w praktyce występują (mogą występować) wystarczająco często, aby podważać prawidłowość antymonopolowej

---

17 Zob. też K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. 2 Wydanie, Warszawa 2014, s. 261-262.

18 Zob. np. A. Jurkowska-Gomułka (w:) T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. 2 Wydanie, Warszawa 2014, s. 270 oraz cyt. tam orzecznictwo; zob. też C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 92.

19 Zob. też np. A. Jurkowska., *Porozumienia kooperacyjne w świetle polskiego i wspólnotowego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005.



kwalifikacji wszystkich przejawów RPM jako zakazanych ze względu na cel. Z tego powodu takiej kwalifikacji Prezes UOKiK (sądy) nie powinny przyjmować wyłącznie na podstawie niejako przesłanek formalnych, tj. wykazania, że w danym wypadku doszło do zawarcia porozumienia o charakterze RPM<sup>22</sup>. Każdorazowo **konieczna powinna być indywidualna ocena okoliczności (ekonomicznego celu) tego ograniczenia**. Ta generalna teza oznacza, że nie w każdym przypadku RPM ma na celu ograniczenie konkurencji (w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k.) – co więcej – nie w każdym przypadku w ogóle skutkuje takim ograniczeniem (zob. zwłaszcza pkt VI).

### III. Antymonopolowa kwalifikacja RPM przyjmowana przez Prezesa UOKiK i w orzecznictwie

1. Zarówno orzecznictwo sądowe, jak i praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK prezentuje restrykcyjne podejście w obszarze generalnej antymonopolowej kwalifikacji ustalania minimalnych (sztywnych) cen odsprzedaży; bazuje ono na formalnym wymiarze danego porozumienia. **RPM traktowane są bowiem jako porozumienia mające na celu ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k.**<sup>23</sup>, a taka kwalifikacja przyjmowana jest przede wszystkim z tego powodu, iż dane porozumienie ma charakter cenowy (co od strony poprawności jego „rodzajowej/treściowej klasyfikacji” – nie budzi

---

20 Jakkolwiek także i w odniesieniu do porozumień horyzontalnych można wskazać przypadki kiedy mimo uzgodnienia ceny między konkurentami (w tym zwłaszcza „za pośrednictwem” podmiotów trzecich, np. stowarzyszeń, organizacji), porozumienia te nie były uznane za zakazane ze względu na cel; zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2006 r. nr DAR 15/2006 (międzybankowa opłata interchange), w której organ ów wskazał, iż „ustanowienie stawek opłaty interchange w ramach przedmiotowych porozumień nosi zatem cechy porozumienia pomiędzy konkurentami, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym”) albo decyzję Prezesa UOKiK z dnia 4 listopada 2011 r. nr RKT-33/2011 (Flisacy Pienińscy), w której Prezes UOKiK, uznał iż „skutkiem podjętych przez Stowarzyszenie uchwał mających na celu ustalenie jednolitych cen za świadczenie usług splywu Dunajcem (...) było nie tylko ograniczenie, ale i wyeliminowanie konkurencji cenowej pomiędzy flisakami należącymi do Stowarzyszenia”. Dodał zarazem, iż „celem ustalenia cennika było (...) usprawnienie działania tego Stowarzyszenia”. Prezes UOKiK nie uznał więc, iż dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, mimo że miało postać uzgodnienia cenowego i to w wymiarze horyzontalnym.

21 Jakkolwiek nie ma na to konkretnych danych empirycznych.

22 Czyli w istocie w oparciu o kryterium rodzaju porozumienia, prowadząc do konstatacji, iż jeśli dane porozumienie jest „cenowe” (dotyczy – także pośrednio – ceny), to oznacza, że stanowi przejaw najpoważniejszego ograniczenia konkurencji (tj. zakaz *by object*).

23 Zob. zwłaszcza wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012, nr 21–22, poz. 276 (Röben) oraz wyrok SN z dnia 14 maja 2014 r., III SK 44/13, www.sn.pl (Hajduki); zob. też np. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 16 lipca 2010 nr DOK – 6/2010, decyzję Prezesa UOKiK z dnia 30 sierpnia 2012 r. NR RBG-19/2012; decyzję Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. nr DOK - 1/2013.

zarazem wątpliwości). Poza sporem jest, iż uznanie porozumienia jako zakazanego ze względu na cel nie wymaga wykazania antykonkurencyjnych skutków. W praktyce jest to równoznaczne z poddaniem RPM zakazowi w zasadzie *per se*. Formalnie jedyną bowiem drogą „legalizacji” tego typu wertykalnego ograniczenia jest jego indywidualne wyłączenie na mocy art. 8 ust. 1 u.o.k.k. (takie stanowisko wyraził SN<sup>24</sup>). Udowodnienie tych przesłanek (przez przedsiębiorcę - zob. art. 8 ust. 2 u.o.k.k.) jest bardzo trudne, a w odniesieniu do RPM – nie miało miejsca w dotychczasowej praktyce (a znana jest mi tylko jedna decyzja Prezesa UOKiK w której uznał, że porozumienie cenowe podlega wyłączeniu z zakaz w ww. trybie<sup>25</sup>).

2. Restrykcyjna kwalifikacja RPM przez sądy w dużej mierze wynika z bazowania (przez orzecznictwo a zwłaszcza przez Prezesa UOKiK) na założeniach, co do których prawidłowości można mieć zastrzeżenia tak z ekonomicznego, jak i aksjologicznego punktu widzenia. Co więcej, założenia te budzą wątpliwości także w kontekście wykładni art. 6-8 u.o.k.k. (zob. niżej). Tymi dyskusyjnymi założeniami są po pierwsze, faworyzowanie konkurencji cenowej, prowadzące zarazem do konstatacji, iż limitacja tego aspektu konkurencji jest równoznaczna z ograniczeniem konkurencji jako podlega antymonopolowej ochronie (zob. pkt IV). Po drugie, stawianie znaku „prawno-ekonomicznej równości” pomiędzy konkurencją międzymarkową a wewnątrzmarkową<sup>26</sup> (zob. pkt V).

#### **IV. RPM a konkurencja cenowa i pozacenowa**

Orzecznictwo stoi na stanowisku, zgodnie z którym to przede wszystkim konkurencja cenowa stanowi zasadniczy przedmiot ochrony antymonopolowej. Według SN, „przepisy

---

24 Zob. cyt. w przypisie wyżej wyrok w sprawie *Röben*, w którym wskazał, że „wertykalne porozumienie ustalające sztywną cenę odsprzedaży (...), nie będzie zakazanym porozumieniem tylko wtedy, gdy będzie objęte zakresem zastosowania rozporządzenia z 13 sierpnia 2002 r. albo, gdy powód wykazałby, że spełnione zostały przesłanki wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy” (obecnie art. 8 ust. 1 u.o.k.k.). Jednocześnie SN zauważył, że powołane rozporządzenie (obecnie rozporządzenie z 30 marca 2011 r.) wyłącza spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję „tylko porozumienia, w których ustalono maksymalną cenę odsprzedaży lub wprowadzono rekomendacje cenowe”.

25 Chodzi o decyzję Prezesa UOKiK z dnia 4 listopada 2011 r., nr RKT-33/2011 (Flisacy Pienińscy);

26 Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. nr DOK - 1/2013, w której organ ów stwierdza, iż „w kontekście traktowania konkurencji wewnątrzmarkowej na równi z konkurencją międzymarkową (...).”

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy wykonawcze do ustawy akcentują pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji<sup>27</sup>. Także w judykaturze sądów niższej instancji twierdzi się, iż „cena towaru stanowi podstawowy aspekt konkurowania na rynku, stanowiąc zasadniczy parametr przy wyborze oferty przez konsumenta, jak i między przedsiębiorcami w warunkach rywalizacji konkurencyjnej”<sup>28</sup>. W zasadzie analogiczne stanowisko (jakkolwiek w dużej mierze odwołujące się właśnie do judykatury) prezentuje w tej materii także Prezes UOKiK<sup>29</sup>. Warto także przytoczyć - w mojej ocenie dyskusyjny - argument, zgodnie z którym za kwalifikacją (m.in. porozumień cenowych, w tym RPM) jako zakazanych ze względu na cel (gdyż należących do tzw. polskiego ‘*object box*’<sup>30</sup>) przemawiać miałyby ustawowe wykluczenie skorzystania przez tego rodzaju porozumienia z przywileju wyłączenia *de minimis*, czyli na mocy art. 7 u.o.k.k.<sup>31</sup>. Kluczowy w tej materii przepis art. 7 ust. 3 u.o.k.k. przesądza jedynie, iż do porozumień (m.in.) cenowych nie znajduje zastosowanie wyłączenie zakazu z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. z uwagi na nieznaczny udział w rynku stron porozumienia; instytucja *de minimis* (a z całą pewnością treść regulujących ją unormowań) nie determinuje jakie porozumienia należy kwalifikować jako zakazane za względu na antykonkurencyjny cel, a jakie z uwagi na antykonkurencyjny skutek.

Faworyzowanie konkurencji cenowej – a tym bardziej przypisywanie jej priorytetu w każdych okolicznościach rynkowych oraz niezależnie od branży w jakiej zawierane są ewaluowane porozumienia – nie jest prawidłowe. Konkurencja rynkowa jak wartość podlegająca ochronie w interesie publicznym jest bowiem zjawiskiem wieloaspektowym. Istnieje co najmniej kilka jej obszarów, jak zwłaszcza: jakość oferowanych towarów, ich wybór/zakres, asortyment, innowacyjność, jak i oczywiście także cena. **Cena** towaru (usługi) – choć niewątpliwie istotna w zakresie „walki rynkowej o konsumentów” - **stanowi zatem**

---

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

28 Wyrok SOkiK z dnia 14 grudnia 2012 r. XVII AmA 184/10; analogiczne stanowisko zajął Prezes UOKiK w decyzji z dnia 25 czerwca 2013 r., nr DOK - 1/2013.

29 Zob. np. decyzja z dnia 31 grudnia 2010 r. nr RBG-24/2010 („Cena jest elementem, który najbardziej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami”); decyzja z dnia 25 czerwca 2013 r. nr DOK - 1/2013, gdzie Prezes UOKiK powołując się na orzecznictwo SN wskazał, że „naruszenie interesu publicznego polega na zawarciu porozumienia dotyczącego zasadniczego parametru konkurencji na rynku, jakim jest cena”

30 Terminem tym (*object box*) posługuje się głównie doktryna anglojęzyczna – na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE; zob. R. Whish *Competition Law*, Oxford 2009, s. 120.

31 A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012 nr 1, s. 14,15.

**tylko jeden z aspektów (obszarów) konkurencji.** Koresponduje to ze stanowiskiem Sądu Najwyższego zajęтым w głośnym wyroku w sprawie wdzwanianego Internetu (w którym sąd bliżej odniósł się do pojęcia konkurencji jaka ma podlegać antymonopolowej ochronie). Sąd ów podkreślił, iż „konkurencja (...) wymusza dbanie o konsumentów i ich interesy, poprzez oferowanie im coraz lepszych produktów, dodatkowych usług, nowych technologii”<sup>32</sup>. O tym że cenę należy postrzegać jako jedną z płaszczyzn - „parametrów” (*parameters*) konkurencji sprzyjającej dobrobytowi konsumentów świadczą także wypowiedzi Komisji<sup>33</sup>.

W kontekście prezentowanej problematyki, na uwagę zasługuje wyrok sądu unijnego w sprawie **Metro I**. W orzeczeniu tym Trybunał zwrócił uwagę, że „choć konkurencja cenowa jest tak ważna, że nigdy nie może być wyeliminowana, to jednak nie stanowi ona jedynej efektywnej formy konkurencji, której w każdych okolicznościach winno się przypisywać absolutny priorytet”<sup>34</sup> (podobny wydzźwięk ma stanowisko Sądu Apelacyjnego zajęte w wyroku z 2006 r.<sup>35</sup>). W tym miejscu należy zauważyć, iż RPM nie prowadzi do eliminacji konkurencji cenowej, w związku z czym niejako spełnia zastrzeżenie jakie dokonane zostało przez sąd w powołanej sprawie Metro I<sup>36</sup>.

---

32 Zob. wyrok SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06; OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337, OSNP 2007/21-22/337. Znamienne jest, że w powołanym sformułowaniu, SN w ogóle nie wymienił ceny. Oczywiście w niczym nie może to deprecjonować doniosłości rynkowej ceny jako obszary rywalizacji; tym bardziej, że w dalszej kolejności sąd ów stwierdza, iż „ograniczenie konkurencji pojawia się wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do (...) takich skutków, jak np. obniżenie wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienie cen lub ograniczenie zakresu wyboru z jakiego korzysta konsument”.

33 Zob. np. pkt 16 wytycznych Komisji dotyczących stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 97); dalej „wytyczne dotyczące art. 81 ust. 3 TWE” [„Porozumienia między przedsiębiorstwami są objęte zakazem zawartym w artykule 81(1), jeżeli istnieje prawdopodobieństwo ich odczuwalnego negatywnego oddziaływania na parametry konkurencji na rynku, tj. cenę, produkcję, jakość produktu, zróżnicowanie i innowacyjność produktu”]; pkt 5 wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące. (Dz. Urz. UE C 45 z 24.02.2009, s. 7–20) [„Źródłem korzyści z konkurencji dla konsumentów są niższe ceny, wyższa jakość i szerszy asortyment nowych lub udoskonalonych towarów i usług”].

34 (*although price competition is so important that it can never be eliminated it does not constitute the only effective form of competition or that to which absolute priority must in all circumstances be accorded*); pkt 21 wyroku Trybunału z dnia 25 września 1977 r. w sprawie 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* przeciwko Komisji (Zb. Orz. 1977, s. 1875).

35 Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2006 r., VI ACa 133/06, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 64, w którym sąd ów zauważył, iż „konkurowanie nie ogranicza się do wysokości oferowanej ceny, ma znacznie szerszy wymiar w aspekcie m.in. jakości usług, oferowania w ramach ceny świadczeń dodatkowych, czy też warunków płatności”.

36 Z zasady bowiem (tj. zawsze bądź prawie zawsze) RPM ogranicza (w tym wyklucza) jedynie konkurencję wewnątrzmarkową; jego wpływ na cenową konkurencję międzymarkową zależy już od okoliczności danego przypadku.

Znamienne jest to, iż żaden z (powołanych) wyroków, z których wynika, iż konkurencja cenowa stanowi tylko jeden z aspektów rywalizacji rynkowej nie dotyczył problematyki RPM<sup>37</sup>. Sądy prezentują więc niekonsekwentne stanowisko w kontekście znaczenia prawno-aksjologicznego jakie przypisywać należy konkurencji cenowej, niezasadnie faworyzując ją przede wszystkim w kontekście ewaluacji wertykalnego ujednocnienia cen odsprzedaży.

**Ustawa antymonopolowa nie daje podstaw do tego, aby konkurencji cenowej dawać priorytet** (co ma znaczenie zwłaszcza w sytuacjach konfliktowych<sup>38</sup>). W szczególności z żadnego z/jego przepisów nie wynika (ani tym bardziej nie stwierdza się w nim wprost), iż to przede wszystkim konkurencja cenowa jest wiodącym (a tym bardziej jedynym) aspektem konkurowania i w związku z tym jej organicznie uzasadnia konkluzję, iż ograniczona została konkurencja jako taka (chroniona w interesie publicznym). Z faktu wymienienia porozumień cenowych na pierwszym miejscu w katalogu zawartym w art. 6 ust. 1 pkt 1-7 u.o.k.k. nie należy dedukować, iż to właśnie ten typ porozumień jest w każdych okolicznościach rynkowych (w tym zwłaszcza niezależnie od rodzaju porozumienia: poziome/pionowe) najbardziej szkodliwy dla konkurencji (czy też mający największy potencjał antykonkurencyjny). Jeśli by ów tok rozumowania uznać za właściwy, wówczas to na jednym z pierwszych miejsc we wspomnianym katalogu – o ile nie na pierwszym – powinna zostać wymieniona zmowa przetargowa. Tymczasem ustawodawca znowę przetargową wymienia na samym końcu. Błędny byłaby konstatacja, iż z tego powodu ten typ porozumienia jest najmniej szkodliwy dla konkurencji. Kolejność specyfikacji porozumień zawartych w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. nie może mieć zatem (istotniejszego) - o ile jakiegokolwiek - znaczenia prawnego<sup>39</sup>.

Podkreślenia wreszcie wymaga, iż „cena” - w tym zwłaszcza „niska cena” – **jest pojęciem relatywnym oraz zmiennym** (zwłaszcza z perspektywy czasu). Jej „atrakcyjność rynkowa” może być z czasem zweryfikowana (co dobrze uwidacznia się zwłaszcza na rynkach dynamicznych, poddanych częstym innowacjom). To przede wszystkim rozwój

---

<sup>37</sup> Odnosząc się np. do blokowania dostępu do rynku usług telekomunikacyjnych, niedopuszczaniu do sieci dystrybucji selektywnej przedsiębiorcę, który nie spełniał wymaganych warunków jakościowych), czy też do podmiotowego ograniczenia sprzedaży.

<sup>38</sup> Czyli kiedy limitacja konkurencji cenowej skutkuje zintensyfikowaniem konkurencji pozacenowej (zatem przypadek, który często występuje przy RPM).

<sup>39</sup> Na co zwracałem już uwagę w komentarzu; zob. K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 50-51.

konkurencji pozacenowej sprawia, iż określona usługa (towar) staje się w ogóle dostępny na rynku, pozwalając zaspokajać zupełnie nowe potrzeby konsumentów bądź zaspokajać te same (istniejące już od dawna) potrzeby w sposób dużo bardziej efektywny (w tym za dużo niższą cenę niż „przestarzały substytut” danego towaru/usługi).

W związku z powyższym uzasadnione jest twierdzenie, iż **interes publiczny o jakim mowa w art. 1 u.o.k.k. w (co najmniej) równym stopniu<sup>40</sup> realizowany jest przez promowanie (administracyjną ochronę) zarówno konkurencji cenowej, jak i pozacenowej.**

## V. RPM a konkurencja między- i wewnątrzmarkowa

1. Dla prawidłowej oceny RPM doniosłe znaczenie ma rozróżnienie konkurencji międzymarkowej (*inter-brand competition*) od konkurencji wewnątrzmarkowej (*intra brand competition*). Dystynkcja taka jest akcentowana także w judykaturze – właśnie w kontekście stosowania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży. Ze stanowiska SN wynika, iż ta pierwsza to „konkurencja między producentami (dostawcami) substytucyjnych towarów”, ta druga zaś to konkurencją „między sprzedawcami tego samego towaru pochodzącego od tego samego dostawcy”<sup>41</sup>. Stosowanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży z zasady oddziałuje (w tym ogranicza) jedynie ten drugi aspekt konkurencji. Co także dostrzega się w orzecznictwie<sup>42</sup>.

Ustawa antymonopolowa oraz stosowane rozporządzenie Rady Ministrów<sup>43</sup> posługuje się wyłącznie terminem „konkurencja”, nie wprowadzając rozróżnienia na konkurencję

---

40 Z dłuższej perspektywy czasu, to bowiem dynamiczna konkurencja pozacenowa (w tym oparta o innowacyjność) jest zjawiskiem niejako „bardziej” leżącym w interesie publicznym, tj. sprzyjają dobrobytowi konsumentów; zob. też J.G. Sidak, D.J. Teece, *Favoring Dynamic Competition over Static Competition: A Neo-Schumpeterian Approach to Advancing Innovation Through Antitrust and Merger Law*, *Journal of Competition Law & Economics* 2009, t. 5, nr 4, s. 35,36.

41 Zob. wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r. III SK 21/11, OSNP 2012/21-22/276.

42 Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2013 r. VI ACa 1451/12, w którym wskazano, iż „celem umów zawierających postanowienia o stosowaniu cen minimalnych jest bowiem ograniczenie konkurencji tzw. wewnątrzmarkowej”; tak również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2012 r. VI ACa 752/12

43 Czyli zwłaszcza rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (tekst jednolity z dnia 13 czerwca 2014 r., Dz. U. 2014, poz. 1012).

wewnątrzmarkową oraz międzymarkową<sup>44</sup>. Tym bardziej więc (przynajmniej literalnie) stosowne unormowania nie przesadzają, czy zasadna jest swego rodzaju hierarchizacja między wskazanymi aspektami konkurencji, a jeśli tak, to której z nich należy przyznawać priorytet, mogąc tym samym mieć znaczenie dla prawidłowej kwalifikacji RPM jako praktyki zakazanej (ze względu na cel czy też ze względu na skutek) bądź też jako ograniczenia, które w ogóle nie narusza zakazu porozumień antykonkurencyjnych. Jak już zaś wskazałem, zagadnienie to ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego zastosowania instrumentów antymonopolowych w szczególności w odniesieniu do stosowania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży. Odpowiedzi na powyższą kwestię należy poszukiwać przede wszystkim z celach prawa konkurencji. Istotne wskazówki wynikają także z treści stosownych wytycznych Komisji<sup>45</sup> (w których różnicuje ona wskazane aspekty konkurowania).

2. Za aksjologicznie prawidłową uznać należy tezę, iż to **konkurencja międzymarkowa stanowi zasadniczy (priorytetowy) przedmiot ochrony antymonopolowej**<sup>46</sup>. Stwierdzenie to nabiera praktycznego znaczenia w szczególności w przypadku swego rodzaju „kolizji” zachodzącej między konkurencją między- oraz wewnątrzmarkową, czyli kiedy określona praktyka (np. porozumienie) ma wpływ tylko na jeden z tych aspektów konkurencji. Różnicowanie (w tym wartościowanie) konkurencji międzymarkowej oraz wewnątrzmarkowej ma mniejsze znaczenie w sytuacji gdy praktyka nie oddziałuje żaden z tych aspektów konkurencji (co oczywiste – wówczas bowiem dana praktyka bez wątpienia nie jest antykonkurencyjna) bądź też jednocześnie ogranicza konkurencję zarówno wewnątrz-, jak i międzymarkową. Wartościowanie to nabiera zaś na

---

44 Co odnosi się także do stosownych przepisów „twardego” (tj. powszechnie wiążącego) prawa unijnego; w unijnym prawie konkurencji Komisja wydał dużą ilość formalnie niewiążących - obwieszczeń, wytycznych, komunikatów - składających się na tzw. prawo miękkie (*soft law*).

45 Chodzi o wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01); Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010, s. 1 (dalej, „wytyczne wertykalne”).

46 Teza ta nie jest odosobniona, znajdując poparcie w doktrynie, w której zauważa się, iż porozumienia wertykalne - choć prawdopodobnie ograniczają konkurencję międzymarkową - to jednak „zwiększają to co jest przez wielu postrzegane jako ‘prawdziwa’ konkurencja między konkurującymi dobrami różnych producentów (konkurencja międzymarkowa) - (*would increase that what is by many considered as ‘real’ competition between competing goods of different manufacturers (interbrand competition)*); S. Colino, *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative study of the EU and US Regimes*, Oxford, Portland, Oregon, 2010, s.20. W literaturze amerykańskiej aprobowane jest tzw. „pro-producentnie postrzeganie konkurencji” (*pro-manufacturer view of competition*), czyli takie, które dopuszcza ograniczenia w konkurencji wewnątrzmarkowej „w celu promowania konkurencji między-markowej między producentami” (*in order to promote inter-brand competition between manufacturers*); S. Ghosh, *Vertical restraints, competition and the rule of reason* (w:) K.N. Hylton (red.) *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham, Northampton, 2010 s. 226.

znaczeniu kiedy dana praktyka ogranicza tylko jeden z tych aspektów konkurencji (np. konkurencję wewnątrzmarkową), mając wszak neutralny lub pozytywny wpływ na jej drugi aspekt (np. konkurencję międzymarkową). Tak może zaś być w szczególności w przypadku RPM.

Dla poparcia powyższej tezy przytoczyć można kilka argumentów natury ekonomiczno-prawnej. Pierwszy z nich bazuje na prawidłowo rozumianej aksjologii prawa antymonopolowego. O ile jego celem jest ochrona konkurencji jako mechanizmu mającemu służyć dobrobytowi konsumentów (*consumer welfare*) - w postaci wzrostu produkcji lub sprzedaży, niskich cen, postępu technicznego innowacji<sup>47</sup> - o tyle nie powinny zachodzić wątpliwości, iż większy potencjał do zapewnienia tych wartości „oferuje” konkurencja międzymarkowa<sup>48</sup>.

Po drugie, tezę ta potwierdza także wniosek płynący z generalnego stanowiska, jakie prezentuje Komisja w odniesieniu do problemów z konkurencją (*competition concerns*), które mogą wywoływać porozumienia (ograniczenia) wertykalne (*vertical restraints*)<sup>49</sup>. Podkreśla ona, iż „w przypadku większości ograniczeń wertykalnych (w tym zatem także tych mających postać RPM), problemy w zakresie konkurencji mogą się pojawić jedynie wówczas, gdy konkurencja na co najmniej jednym poziomie wymiany handlowej jest niedostateczna, tj. gdy istnieje pewien stopień władzy rynkowej na poziomie dostawcy, na poziomie nabywcy lub na obydwu poziomach. Ograniczenia wertykalne są zasadniczo mniej szkodliwe niż ograniczenia horyzontalne i mogą zapewnić znaczne pole do wzrostu efektywności”<sup>50</sup>. Sformułowanie to nie tylko wprost wskazuje na proefektywnościowe aspekty ograniczeń wertykalnych, ale – co jeszcze istotniejsze – wynika z niego, iż **o występowaniu „problemów z konkurencją” (*competition concerns*) przesądzają niedostatki (ograniczenia) w konkurencji**

47 Zob. wyrok SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06; OSNP 2007/ 21–22/ 337.

48 W innych publikacjach zwracałem już uwagę, iż konkurencja międzymarkowa „zapewnia (...) konsumentom finalnym oraz innym nabywcom więcej alternatyw w zaspokajaniu ich potrzeb. Konkurujące ze sobą marki nierzadko wprowadzają towary (usługi) substytucyjne, zazwyczaj jednak zachodzą między nimi różnice dotyczące takich parametrów, jak np. cena, jakość, standard tzw. usług posprzedażnych”; K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Komisji (UE) 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* LEX/el. 2011.

49 Do których należą także ograniczenia cen odsprzedaży (*resale price restrictions*) – pkt 223 wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01) (Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010, s. 1); dalej „wytyczne 2010/C 130/01” - a ponadto także (m.in.), zobowiązania do jednomarkowości (*single branding*), dystrybucja wyłączna (*exclusive distribution*), dystrybucja selektywna (*selective distribution*), franchising; pkt 128-229 cyt. wytycznych

50 Pkt 6 wytycznych 2010/C 130/01.



**międzymarkowej.** Ograniczenia konkurencji („tylko”) wewnątrzmarkowej nie są (nie powinny być) normatywnie decydujące dla podejmowania publicznoprawnej ingerencji w praktyki danego przedsiębiorcy. We sporządzonym przez Komisję katalogu negatywnych skutków na rynku, które mogą być następstwem stosowania ograniczeń wertykalnych zdecydowanie przeważają niekorzystne następstwa tych ograniczeń dla konkurencji międzymarkowej<sup>51</sup>. W ramach analizy czy określone porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, Komisja rekomenduje, aby w pierwszej kolejności zbadać jego wpływ na konkurencję międzymarkową<sup>52</sup>.

Po trzecie, także w **wyroku w sprawie Röben** Sąd Najwyższy, mimo restrykcyjnej kwalifikacji RPM (zob. wyżej) – zatem rodzaju porozumienia (ograniczenia) wertykalnego – zwrócił uwagę, iż porozumienia te „stanowią istotny instrument w kształtowaniu sieci dystrybucji i generalnie uznawane są za prokonkurencyjne, z uwagi na ich pozytywny wpływ na konkurencję między producentami (dostawcami) substytucyjnych towarów kosztem zmniejszenia konkurencji wewnątrzmarkowej (między sprzedawcami tego samego towaru pochodzącego od tego samego dostawcy)”<sup>53</sup>. Z cytowanego stanowiska wynika, iż o prokonkurencyjnym charakterze danego porozumienia decydować ma jego pozytywne oddziaływanie na konkurencję międzymarkową („między producentami (dostawcami) substytucyjnych”); antykonkurencyjnego charakteru porozumienia nie może przesądzać - wywołane tym porozumieniem - ograniczenie („zmniejszanie”) konkurencji wewnątrzmarkowej. Warto wspomnieć, iż wprost o primacie konkurencji międzymarkowej w kontekście celów prawa antytrustowego wypowiedział się Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (*Supreme Court of the United States*), stwierdzając wprost, iż celem podstawowym tego prawa „jest ochrona konkurencji międzymarkowej” (*is to protect interbrand competition*)<sup>54</sup>.

---

51 Mogąc polegać np. na antykonkurencyjnym wykluczeniu z rynku innych dostawców lub innych nabywców poprzez tworzenie przeszkód w wejściu na rynek lub ekspansji; po drugie, na ograniczeniu - „złagodzeniu” (*softening*) - konkurencji pomiędzy dostawcą a jego konkurentami.

52 Zob. pkt 18 wytycznych dotyczących art. 81 ust. 3 TWE („W celu stwierdzenia, czy porozumienie lub jego poszczególne części mogą ograniczać konkurencję międzymarkową i/lub wewnątrzmarkową, należy uwzględnić w jaki sposób i do jakiego stopnia porozumienia wpływa lub jest w stanie wpłynąć na konkurencję na rynku. Użytecznymi ramami dla dokonania takiej oceny są następujące dwa pytania. **Pierwsze pytanie dotyczy wpływu porozumienia na konkurencję międzymarkową** [podkreślenie moje, K.K.], podczas gdy drugie pytanie odnosi się do wpływu porozumienia na konkurencję wewnątrzmarkową”).

53 Wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r. III SK 21/11, OSNP 2012/21-22/276.

3. Reasumując ten punkt rozważań, stwierdzić należy, iż antymonopolową ingerencję w RPM każdorazowo uzasadniać powinno ograniczenie (względnie uzasadnione prawdopodobieństwo ograniczenia) konkurencji międzymarkowej. Z aksjologiczno-ekonomicznego punktu widzenia przyjmowanie, iż RPM narusza zakaz porozumień antykonkurencyjnych wyłącznie z racji samego faktu ograniczenia (a nawet eliminacji) konkurencji wewnątrz-markowej nie jest uzasadnione. Tym samym nieprawidłowe jest klasyfikowanie RPM (ale także innych ograniczeń wertykalnych, a nawet horyzontalnych) jako tych mający na celu ograniczenie (właściwie pojmowanej) konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. w razie braku ich faktycznego lub prawdopodobnego (negatywnego) oddziaływania na konkurencję międzymarkową.

## **VI. Przegląd decyzji Prezesa UOKiK w kontekście prawidłowości antymonopolowych kwalifikacji RPM: postulaty analityczno-interpretacyjne**

### **1. Uwagi wprowadzające**

Przydatne wskazówki w zakresie stosowania przesłanki antykonkurencyjnego „celu” lub „skutku” porozumienia oraz formułowania w tej materii określonych postulatów można zaczerpnąć z analizy praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK dotyczącej RPM<sup>55</sup>. Podkreślenie wymaga, iż skoncentrowano się nie tyle na prawnych wywodach tego organu<sup>56</sup>, co przede wszystkim na okolicznościach faktycznych wybranych spraw oraz przedstawianych przez

---

54 Wyrok z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007). Wyrok ów jest relewantny z punktu widzenia problematyki ocenianej w ramach niniejszej Opinii; sąd ów dokonał w nim antymonopolowej (antytrustowej) oceny uzgadniania minimalnych cen odsprzedaży. Zdaniem tego sądu „uzasadnienie dla wertykalnych porozumień cenowych jest podobne jak w przypadku innych wertykalnych porozumień. Minimalne ceny odsprzedaży mogą stymulować konkurencję międzymarkową pomiędzy producentami sprzedającymi różne marki tego samego typu produktu, redukując jednocześnie wewnątrzmarkową konkurencję pomiędzy dystrybutorami sprzedającymi te same marki. Jest to o tyle ważne, że podstawowym celem prawa konkurencji jest ochrona konkurencji międzymarkowej” (*The justifications for vertical price restraints are similar to those for other vertical restraints. Minimum resale price maintenance can stimulate interbrand competition among manufacturers selling different brands of the same type of product by reducing intrabrand competition among retailers selling the same brand. This is important because the antitrust laws’ “primary purpose... is to protect interbrand competition”*).

55 Należy dodać, iż w okresie obowiązywania ustawy z 16 lutego 2007 r. decyzji tych wydanych zostało stosunkowo (co najmniej kilkadziesiąt).

56 Te bowiem w zasadniczej większości decyzji są podobne lub wręcz analogiczne, tym samym powielane były także te poglądy (kwalifikacje) Prezesa UOKiK, które zasługują na krytyczną ocenę.

przedsiębiorców wyjaśnień (obron) w tym zwłaszcza motywów ujednolicania (narzucania) cen odsprzedaży. Dokonano przeglądu przeszło pięćdziesięciu decyzji Prezesa UOKiK, z których zasadnicza część zostanie poniżej zacytowana.

Na wstępie wskazać należy, iż strony - dążąc do podważenia dokonanych przez organ kwalifikacji antymonopolowych - nierzadko podnosiły argumenty, które niekoniecznie miały odzwierciedlenie w rzeczywistości (co także wzięto pod uwagę). Niemniej jednak przegląd takich decyzji ze wskazanej perspektywy potwierdza tezę (zob. pkt II) o różnorodności okoliczności rynkowych w jakich stosowane były RPM i tym samym braku zasadności ich podobnej (a tym bardziej) analogicznej ewaluacji prawno-konkurencyjnej.

W dominującej większości decyzji w jakich przedsiębiorcy bronili się przed zarzutem naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. jako zasadniczy argument (generalny) podnosili, iż ich zamiarem (celem) nie było ograniczenie konkurencji. Argument ów jako taki oczywiście nie podważa zasadności zarzutu wspomnianego naruszenia, ponieważ bazuje na subiektywnej płaszczyźnie, nierzadko idąc w parze z brakiem świadomości przedsiębiorców co do niezgodności z prawem takich ograniczeń<sup>57</sup>. Tymczasem nie ma wątpliwości, iż wykładnia przesłanki „celu” o jakim mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. powinna opierać się na kryteriach obiektywnych<sup>58</sup>.

Stosunkowo często przedsiębiorcy przedstawiali motywy jakie miały leżeć u podstaw stosowania RPM. Przytoczyć można tu np.: pozycjonowanie zegarków, i dbanie o markę<sup>59</sup>, obniżenie ryzyka braku płynności swych dystrybutorów<sup>60</sup>, zwiększenie konkurencji wśród dystrybutorów również na innych (niż cena) płaszczyznach, (jak zwłaszcza jakość, wsparcie techniczne dla instalatorów, czy też doradztwo projektów<sup>61</sup>), zapobiegnięcie rezygnacji sprzedaży danej marki przez sklepy<sup>62</sup>, zapewnienie jednolitości usług gastronomicznych

---

57 Zob. np. decyzję z dnia 31 sierpnia 2010 r. nr RKR - 13/2010 („W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego MOLL Polska wyjaśnił, że: dopiero treść postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego uświadomiła mu, że niektóre punkty umowy zawieranej z kontrahentami mogą być potraktowane jako naruszające zasady konkurencji”).

58 Zob. np. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 188; A. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 225-226; Jurkowska-Gomułka (w:) T. Skoczny (red.) *Ustawa...*, s. 264.

59 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r. nr DOK-5/2013.

60 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 27 grudnia 2012 r nr DOK -8/2012.

61 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r nr RBG-24/2010.

62 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r. nr DOK - 7/2013.

świadczonych w ramach franczyzy<sup>63</sup>. Argumenty te są dość zróżnicowane, zatem *in abstracto* trudno by dokonać ich jednolitej oceny, tj. jako takich, które albo podważają zasadność traktowania RPM jako mającego na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. albo też nie pozbawiają prawidłowości takiej kwalifikacji. Ich ewaluacji dokonać należy więc przy uwzględnieniu okoliczności danej sprawy (np. branży gospodarczej, rodzaju dystrybucji, struktury rynku, itp.), ich prawdziwości oraz obiektywnej konieczności<sup>64</sup> stosowana RPM<sup>65</sup>. Jednocześnie funkcjonalna wykładnia art. 6 u.o.k.k. nakazuje, aby każdorazowo kryterium wiodącym (naczelnym) w dokonywaniu powyższej oceny powinien być **wpływ ograniczenia na ekonomiczne interesy konsumentów (*consumer welfare*)**<sup>66</sup>. Ta wartość stanowi bowiem (powinna stanowić) interes publiczny jaki zapewniać ma konkurencja podlegająca antymonopolowej ochronie<sup>67</sup> (zob. art. 1 ust. 1 u.o.k.k.).

## 2. RPM ograniczające konkurencję

**2.1.** Zasadniczo sprawy dotyczące RPM można w prosty sposób podzielić na dwie szersze grupy. Pierwsza obejmowałaby przypadki, w których uznawanie tego ograniczenia za naruszające prawo jest prawidłowe; w konsekwencji do drugiej zaliczałyby się przypadki w jakich taka kwalifikacja (a tym bardziej postrzeganie RPM jako zakazane ze względu na cel) jest nieprawidłowe (fałszywy pozytywny) lub co najmniej dyskusyjne.

Do pierwszej grupy należeć oczywiście będą przypadki, w których okoliczności stosowania RPM dość jednoznacznie wskazują na ich antykonkurencyjny wymiar (w tym cel o jakim mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k.). Chodzi tu w szczególności o tzw. **porozumienia *hub-and-spoke***, czyli takie, których przedmiotem jest wymiana poufnych informacji (najczęściej dotyczących cen odsprzedaży) pomiędzy dostawcą a jego detalistami, w ramach której ten

<sup>63</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. nr DOK - 1/2013.

<sup>64</sup> Przy czym standard dowodowy takiej przesłanki niekoniecznie musi być tak wymagający jak w przypadku ewaluacji przesłanki niezbędności przewidzianej w art. 8 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k.

<sup>65</sup> Czyli zwłaszcza ustalenia, czy podawane przez przedsiębiorców argumenty znajdują oparcie w rzeczywistości czy też w istocie stanowią jedynie pretekst („przykrywkę”) dla faktycznych antykonkurencyjnych motywów stosowania RPM.

<sup>66</sup> Jakkolwiek zdaję sobie sprawę, że kryterium to (tzw. *consumer welfare test*) nie jest precyzyjne (łatwe w zastosowaniu), mogąc rodzić trudności w jednoznacznym ustaleniu czy w danym wypadku RPM jest szkodliwe dla konsumentów czy też sprzyja ich interesom (zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 465-467). W szczególności ważkim dylematem w kontekście stosowania tego kryterium do oceny RPM będzie kwestia, czy konsumenci wolą towary lepsze lecz droższe, czy też preferują przede wszystkim produkty tańsze, nie przywiązując większej (decydującej) wagi do ich jakości.

<sup>67</sup> Zob. też np. K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji (na tle praktyk rynkowych dominantów* (w:) Państwo i Prawo 2010 z. 7, s. 49-50.

pierwszy pełni funkcje swego rodzaju „pośrednika” w przekazywaniu tych informacji między tymi drugimi. Takie porozumienia (choć „formalnie” mające postać wertykalnych) w istocie wywołują skutki horyzontalne<sup>68</sup> (z perspektywy dystrybutorów), zatem w swych ekonomicznych skutkach można je porównywać do klastycznych karteli, czyli zmów cenowych (podziałowych) zawieranych między przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu (konkurentami)<sup>69</sup>. Zazwyczaj porozumienia *hub-and-spoke* odznaczają się pewnymi cechami wspólnymi<sup>70</sup>, które zarazem występowały w okolicznościach stosowania RPM na polskich rynkach sprzedaży farb i lakierów dystrybuowanych w marketach budowlanych (tzw. markety DIY, z jęz. ang. *Do It Yourself*), jak np. pośrednie kontakty pomiędzy samymi dystrybutorami (zatem kontakty w płaszczyźnie horyzontalnej), inicjatywa (lub współ-inicjatywa) wprowadzenia RPM po stronie dystrybutorów, poprzedzenie stosowania danej praktyki wojnami cenowymi między dystrybutorami<sup>71</sup>. RPM, które stanowi przejaw porozumienia *hub-and-spoke* może być zasadnie kwalifikowane jako porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k.

**2.2.** Być może taka jednoznaczna kwalifikacja nie będzie już (przynajmniej każdorazowo) uprawniona w odniesieniu do takich przypadków RPM, które nie odznaczają się cechami typowymi dla porozumień *hub-and-spoke*, jakkolwiek jednocześnie przedkładane przez strony wyjaśnienia zdają się być obiektywnie (ekonomicznie) nieprzekonujące bądź też niekonieczne (zwłaszcza w kontekście sprzyjaniu interesom konsumentów), co zarazem uzasadniałoby postrzeganie takich przypadków jako naruszających art. 6 ust. 1 u.o.k.k. Można to zilustrować kilkoma poniższymi przykładami.

---

68 Co wskazywano w stosownych decyzjach Prezesa UOKiK, zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 18 września 2006 r. Nr DOK-107/06 (Polifarb); decyzję Prezesa UOKiK z dnia 24 maja 2010 r. Nr DOK-4/2010 (Tikkurila) oraz decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r. Nr-DOK-12/2010 (Akzo Nobel). Prezes UOKiK także w swych wyjaśnieniach dotyczących wymiaru kary - odnosząc się do ustalania cen odsprzedaży - z zasady uznaje je jako porozumienia wertykalne, jakkolwiek te z nich, w których RPM „funkcjonują de facto jako kartele, w których producent pełni rolę ‘nadzorca’ zapewniającego stabilność porozumienia” uznaje je jako „najpoważniejsze naruszenia prawa konkurencji”. Ma to wpływ na stosowne podwyższenie kary pieniężnej; zob. przypis nr 3 wyjaśnień Prezesa UOKiK z dnia 3 grudnia 2008 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (dostępne na: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)).

69 Zob. też np. Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.

70 Zob. A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vol. 2011, 4(5), s. 30.

71 Odnośnie do prezentacji okoliczności faktycznych trzech polskich spraw dotyczących praktyk *hub-and-spoke* (zob. decyzje cytowane trzy przypisy wyżej) oraz ich oceny prawnej, zob. A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience...*, s. 30-46.

W pierwszym z nich dostawca jako powód wprowadzenia RPM podał konieczność utrzymania przez dystrybutorów w sprzedaży określonej marki. Zdaniem dostawcy (spółki Sport & Freizeit) „jeżeli nie podjęłaby dyskusji z handlującymi w Internecie, prosząc ich o utrzymanie cen na satysfakcjonującym wszystkich poziomie, to większość współpracujących z nią sieci sklepów sportowych zrezygnowałaby całkowicie z marki Fischer, zastępując ją szeregiem innych, obecnych na polskim rynku konkurencyjnych marek”. Taka argumentacja – być może biznesowo zasadna (z perspektywy dostawcy i dystrybutorów) – w istocie stanowi przejaw niemerytorycznego ograniczenia rywalizacji, świadcząc iż produkty marki Fisher nie są konkurencyjne - gdyż zbyt drogie - a jednocześnie nie oferujące wystarczających walorów jakościowych (pozacenowych), które niejako kompensowałyby nabywcom stosunkowo wyższą cenę od produktów substytucyjnych. Jak się więc wydaje, RPM nie powinno być „legalizowane” jeżeli jego wiodącym (tym bardziej jedynym) powodem zastosowania jest zapewnienie zbytu określonej marce w sytuacji gdy w razie braku tego ograniczenia marka ta prawdopodobnie zostałaby wyparta z danego rynku lub z określonych kanałów dystrybucyjnych z uwagi na brak wystarczającego zainteresowania nabywców.

W innym przypadku dostawca (Bona Polska sp. z o.o.) poprzez wprowadzenie RPM miał zapobiegać prowadzenia przez dystrybutorów sprzedaży (zwłaszcza internetowej) po „cenach dumpingowych”, czyli niższych niż cena zakupu. Wyjaśniając „cel gospodarczy” oferowania takich cen wskazał, iż dystrybutor czyni tak w celu zwiększenia rocznego bonusu za obroty oferując towary „z uwzględnieniem najwyższego możliwego rabatu, uzyskując zysk dzięki przyznanemu następnie bonusowi, a nie na marży ze sprzedaży. Uniemożliwiało to innym dystrybutorom prowadzenie sprzedaży po cenie wyższej, niż cena hurtowa (cena nabycia od Bona Polska sp. z o.o.) i prowadzenie jakiegokolwiek konkurencji”<sup>72</sup>. Odnosząc się do tej sytuacji wskazać należy, iż po pierwsze, stosowanie cen poniżej kosztów może być praktyką naruszającą ustawę antymonopolową jedynie gdy czyni tak przedsiębiorca z pozycją dominującą (z tej perspektywy więc dostawca nie powinien tego zakazywać dystrybutorom<sup>73</sup>). Po drugie, sam fakt stosowania niskich cen jest oczywiście korzystny dla nabywców (konsumentów). Po trzecie wreszcie, o ile intencją (celem gospodarczym) dostawcy było umożliwienie innym dystrybutorom „prowadzenia jakiegokolwiek konkurencji” (z tymi dystrybutorami sprzedającymi po cenach zaniżonych), to cel ów można byłoby zrealizować

---

72 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 sierpnia 2013 r. nr DOK-3/2013.

73 Pomijam zarazem fakt, iż to nie dostawca, lecz przede wszystkim Prezes UOKiK stoi na straży przestrzegania przez przedsiębiorców zakazów antymonopolowych.

albo poprzez zredukowanie (wykluczenie) bonusów na rzecz tych drugich albo – przyznanie wysokich bonusów za obrót wszystkim dystrybutorom (tak aby także dla innych opłacalnym stało się prowadzenie „sprzedaży dumpingowej”). W związku z tym wydaje się, że również ten kazus prowadzi do wniosku o braku konieczności RPM .

W jeszcze innym przypadku dostawca (Kronopol) uzasadniał stosowanie RPM dążeniem do „zmniejszenia ryzyka braku płynności lub niewypłacalności swoich dystrybutorów”. Taka argumentacja jest dyskusyjna. Każdy z dystrybutorów - jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego - sam ponosi ryzyko handlowe (finansowe) jakie wiąże się z danym rodzajem działalności, ustalając ceny na takim poziomie, aby z jednej strony zapewniały mu satysfakcjonujący zysk (a co najmniej rentowność), z drugiej jednak, aby były również atrakcyjne dla nabywców. Ponadto w omawianym przypadku dany przedsiębiorca pogorszył swą sytuację prawno-faktyczną poprzez wyjaśnienie, iż „wszyscy jego dystrybutorzy byli zainteresowani uczestnictwem w porozumieniu, gdyż dawało ono większą stabilność sytuacji rynkowej”. Oznacza to, że celem (niejako samym w sobie) RPM było w danym wypadku ograniczenie konkurencji cenowej między dystrybutorami, nie wykluczając, iż byli oni (lub którykolwiek z nich) także współinicjatorami jego stosowania. Także w innej sprawie ujawniono, że RPM został w dużej mierze wprowadzony niejako „oddolnie”, czyli na prośbę (żądanie) dystrybutorów<sup>74</sup>. Jak to zaś wskazano wyżej, fakt inicjowania RPM przez dystrybutorów to jedna z okoliczności świadczących (mogących świadczyć) – jakkolwiek sama w sobie nie przesądzających – o antykonkurencyjnym charakterze RPM, czy też o braku prokonkurencyjnego potencjału tego ograniczenia<sup>75</sup>.

### 3. Brak faktycznego stosowania RPM

Na osobne omówienie zasługuje często podnoszony przez przedsiębiorców argument, zgodnie z którym dane porozumienie w praktyce nie było stosowane, przestrzegane czy też egzekwowane (tzw. **argument czysto formalnego charakteru RPM**). Z punktu widzenia przesłanki skutku o jakiej mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. argument ów wydaje się być

---

<sup>74</sup> Zob. decyzję z dnia 30 sierpnia 2012 r. nr RBG-19/2012, w której „Spółka przyznała również, że w wielu przypadkach była formalnie inicjatorem lub organizatorem zawarcia porozumienia zawierającego klauzule określające minimalną cenę odsprzedaży. Rola taka wynikała z faktu, że to Spółka proponowała dystrybutorom zawarcie umowy o określonej treści, zawierającej postanowienie ustalające minimalną cenę odsprzedaży. Rola taka wynikała z nacisku dystrybutorów Spółki domagających się jej działań dla uregulowania sytuacji cenowej na rynku w celu obrony własnej marży”.

<sup>75</sup> Co potwierdza także stanowisko Komisji. Jej zdaniem RPM „może jednak nie tylko ograniczać konkurencję, ale także, ‘w szczególności gdy jego motorem jest dostawca’ (*in particular where it is supplier driven*), może prowadzić do wzrostu efektywności”; pkt 225 *in principio* wytycznych wertykalnych.

znamienny. Dane porozumienie (klauzula RPM) – o ile faktycznie nie jest stosowana przez dystrybutorów i/lub egzekwowana przez dostawcę (zob. niżej) - w istocie nie ma wpływu na zachowania rynkowe przedsiębiorców; tym samym trudno tu mówić o wywoływaniu przez nią jakiegokolwiek skutku (w tym antykonkurencyjnego). Przemawia ta za znacznym złagodzeniem reżimu antymonopolowego, a może i nawet całkowitą legalizacją (tj. brakiem objęcia zakazem) takiego przypadku. Wspomniany argument (jakkolwiek niekoniecznie tak sformułowany literalnie) podnoszony był przez strony w takich sprawach, jak np. Orlen/Kogut<sup>76</sup>, Jotul<sup>77</sup>, Intermax<sup>78</sup>, Moll<sup>79</sup>, Knott<sup>80</sup>.

Wprawdzie Prezes UOKiK argument ów ignorował - jako przesłankę mającą legalizować RPM w danym wypadku - uznając go co najwyżej jako okoliczność łagodząca przy wymiarze kary. Nie wydaje się wszakże, aby było to słuszne podejście.

W tym kontekście można powołać się na konkluzje jakie dają się wydedukować z interpretacji przepisów **unijnego rozporządzenia wertykalnego** (nr 330/2010<sup>81</sup>), na jakim wzorowane jest stosowne rozporządzenie krajowe. Ten pierwszy akt przywilejem wyłączenia

---

76 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 lipca 2010 nr DOK – 6/2010 („PKN ORLEN poinformował Prezesa UOKiK (...) że postanowienia § 6 ust. 5 (przyznanie temu przedsiębiorcy prawa do ustalania ceny sprzedaży paliw na stacji prowadzonej przez innego przedsiębiorcę) nie były w rzeczywistości egzekwowane i (...) z punktu widzenia Koncernu mają one charakter ‘pustych zapisów’”).

77 Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2010 r. nr RGD-31/2010 oraz przytaczane tam zeznania świadków wskazujące, że wprawdzie dostawca ma własne cenniki, to jednak „przedstawiciele nie mają obowiązku stosować cen w nich zawartych”, a zdaniem spółki Jotul, RPM zostały wprowadzone do umów z zamiarem zapobiegania zjawisku zawyżania cen tych towarów przez przedstawicieli, a w szczególności stosowania wysokich marż (prowizji) i obciążania nimi konsumenta”. Warto jednak dodać, iż w takim wypadku dostawca mógł przecież tak formalnie skonstruować kierowane do dystrybutorów zalecenia cenowe, aby miały one charakter cen maksymalnych.

78 Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 12 maja 2010 r. nr - RPZ 6/2010, w której przedsiębiorca ów oświadczył, iż „wszyscy dystrybutorzy sprzedają produkty Intermax także w cenach niższych niż sugerowane i nie jest to traktowane jako naruszenie istotnych postanowień umowy. W związku z powyższym cen sugerowanych nie można uznać za ceny sztywne, lecz za ceny maksymalne”.

79 Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 sierpnia 2010 r. nr RKR - 13/2010, w której spółka Moll wskazała, że „postanowienia umowy będące przedmiotem sformułowanego zarzutu) nie miały dla przedsiębiorcy żadnego praktycznego znaczenia i nigdy nie były przestrzegane, można powiedzieć, że były to zapisy martwe. Przedsiębiorca nigdy nie kontrolował przestrzegania postanowień tych umów, nie wyciągał w stosunku do żadnego z partnerów negatywnych konsekwencji”.

80 Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 15 grudnia 2009 r. nr RPZ 27/2009, w której spółka Knott podniosła, że „podjęte przez Spółkę działania powinny być zatem oceniane jedynie jako przedłożenie pewnej propozycji pod rozwagę dla jej klientów” i „nie miały na celu utrzymania poziomu cen, ale ograniczenie rozmiarów sprzedaży kradzionych towarów bądź też towarów podrobionych”.

81 Rozporządzenie Komisji (UE) 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 (Dz. Urz. UE L 102 , 23/04/2010, s. 1 – 7); dalej „rozporządzenie nr 330/2010”.



grupowego obejmuje stosowanie przez dostawcę cen zalecanych, jakkolwiek pod warunkiem, że nie skutkują one sztywną lub minimalną ceną sprzedaży w wyniku presji lub zachęt którejkolwiek ze stron (art. 4 lit. a rozporządzenia nr 330/2010). Z powołanego przepisu wyraźnie wynika, iż o **zastosowaniu przywileju wyłączenia decydować mają okoliczności faktyczne, a nie formalne**<sup>82</sup>. Oznacza to, że sprecyzowanie w treści porozumienia określonej ceny jako rekomendowanej nie kwalifikuje się do wyłączenia, jeżeli faktycznie cena ta będzie mieć postać ceny sztywnej lub minimalnej. W związku z tym uprawnionym staje się wniosek *a contrario*, zgodnie z którym, wyłączenie to byłoby możliwe w przypadku gdy w rzeczywistości dostawca w żaden sposób nie oddziałuje na poziom cen stosowanych przez dystrybutorów, mimo że w łączącej ich umowie istnieje zapis kwalifikujący się jako RPM. Taka interpretacja wydaje się nie tylko być zgodna z treścią powołanego przepisu rozporządzenia, ale także korespondować z aksjologicznie prawidłową wykładnią zakazu porozumień antykonkurencyjnych (w tym przepisów przewidujących warunki wyłączenia z tego zakazu).

Istotne jest wszakże, aby **dostawca rzeczywiście w żaden sposób nie wpływał na ceny stosowane przez dystrybutorów, pozostawiając im w tym obszarze pełną swobodę**. Zatem – zgodnie z prezentowanym tu stanowiskiem – uznanie, że w danym przypadku zakaz z art. 6 ust. 1 u.o.k.k/art. 101 ust. 1 TFUE nie został naruszony nie będzie zasadne w razie gdy dostawca np. tylko poprzez niewiążącą korespondencję (prośby, sugestie) starałby się przekonać dystrybutorów do stosowania cen na określonym poziomie<sup>83</sup> (tym bardziej więc gdy wyraźnie grozić będzie zastosowaniem sankcji<sup>84</sup> za odstępstwa od przestrzegania danego poziomu cen). Istotne jest bazowanie na obiektywnych kryteriach (jak zwłaszcza zgromadzonym w sprawie – tak przez Prezesa UOKiK jak i przez strony - materiale dowodowym). Zdarzało się bowiem tak, iż przedsiębiorca utrzymywał, że nie kontroluje dystrybutorów „pod względem wysokości stosownych cen” i nie stosuje żadnych sankcji pod ich adresem za brak przestrzegania postanowienia dotyczącego ustalania końcowej ceny produktów, tymczasem dowody w sprawie (jak zwłaszcza z korespondencji mailowej)

---

82 Czyli np. określenie w umowie przez strony, że dostawca może tylko rekomendować nabywcom ceny odsprzedaży (strona formalna), podczas gdy w rzeczywistości poprzez różnego rodzaju bodźce (ekonomiczne, językowe, psychologiczne) wywiera nacisk na dystrybutorów dla – pozornie – zalecanego poziomu cen.

83 Nawet bez jakichkolwiek gróźb, iż w razie braku zastosowania się do jego próśb (rekomendacji) wyciągnie określone konsekwencje.

84 Jak np. zredukowanie wysokości rabatów lub zaprzestanie ich udzielania, zredukowania lub odmowa dostaw.

wykazała, że w rzeczywistości było inaczej (zob. np. sprawę Coneco<sup>85</sup>). Również w innej decyzji treść tego rodzaju korespondencji stanowiła dowód oddziaływania (dążenia do podwyższenia) poziomu cen stosowanych przez dystrybutorów<sup>86</sup>.

Postulowany tu argument często formalnego charakteru RPM – o ile więc tylko będzie mieć oparcie w rzeczywistości – powinien być traktowany jako przesłanka (okoliczność), która podważa zasadność kwalifikowania danego (niestosowanego) porozumienia jako takiego, które ma na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k.; to zaś oznacza brak naruszenia tego przepisu, ponieważ również przesłanka skutku nie jest spełniona (z uwagi na fakt braku faktycznej realizacji/stosowania się do klauzuli RPM). Stanowisko to – choć nie znajduje oparcia w decyzjach Prezesa UOKiK – w dużej mierze koresponduje z tokiem rozumowania Sądu Apelacyjnego przyjętym w odniesieniu do decyzji w sprawie **Orlen/Kogut**. Sąd ów dokonał w niej bardzo dużego (wręcz rekordowego) obniżenia wysokości kary pieniężnej jaką Prezes UOKiK nałożył na Orlen (tj. w kwocie ponad 52,7 mln zł). Po tym jak SOKiK - w wyroku z dnia 25 września 2012 r. karę tę zredukował o połowę - Sąd Apelacyjny obniżył ją aż o 98% (tj. do kwoty do 1 miliona zł<sup>87</sup>). Wprawdzie sąd ów nie uznał, że w danej sprawie nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k., to jednak za tak istotnym zredukowaniem kary pieniężnej zadecydował **argument niejako natury faktycznej (tj. brak rzeczywistego stosowania RPM**, które znajdowało się w porozumieniu patronackim łączącym strony<sup>88</sup>, mając tym samym charakter czysto „formalny”).

---

85 Jak np. „Uprzejmie prosimy, aby ceny naszych towarów wystawianych na aukcjach internetowych były zgodne z cenami proponowanymi. Od dnia dzisiejszego będą monitorowane wszystkie ceny. W załączeniu przesyłam cennik” albo „Ponownie podaję nazwy klientów którzy zaniżają ceny na allegro!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!! (...) Proszę o uregulowanie cen na ten asortyment najpóźniej do poniedziałku rana. W innym przypadku zostaną wyciągnięte konsekwencje: utniemy rabaty, a o waszych premiach już nie wspomnę (...)” zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2014 r. nr RKT – 42/2014.

86 Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 11 grudnia 2013 r nr RKT-43/2013 („Proszę zajmijcie się tym partyzantem (...), troszkę przegina z ceną, chyba za duże rabaty ma u nas (...). Dajcie znak jak sprawa się potoczy” albo „Poniżej masz klientów którzy już obniżają ceny na allegro kasków Lazera. Proszę zajmij się tym i daj mi znać jak się sprawa potoczy”. W odpowiedzi na powyższy e-mail inny pracownik odpowiedział „... Ceny mają zmienić na nasze sugerowane detaliczne”).

87 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 lipca 2013 r. VI A Ca 1615/12.

88 Zdaniem sądu, dana sprawa cechowała się „brakiem jakiegokolwiek rzeczywistego wpływu porozumienia na naruszenie konkurencji na rynku właściwym oraz znikoma możliwość takiego wpływu”; szerzej o tej sprawie, zob. K. Kohutek, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 lipca 2013 r. VI A Ca 1615/12*, LEX 2014.

#### 4. RPM we franczyzie: sprawa Sfinks jako przykład niezasadnej interwencji antymonopolowej

Na koniec warto przytoczyć przykład sprawy, w której można mieć poważne wątpliwości odnośnie do kwalifikowania RPM jako porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji. Chodzi tu o decyzję w sprawie **Sfinks**, w której przedmiotem zarzutu Prezesa UOKiK było „ustalanie sztywnych cen sprzedaży produktów oferowanych w restauracjach działających pod marką Sphinx”<sup>89</sup>.

Na tle innych rozstrzygnięć Prezesa UOKiK dotyczących RPM, powołana decyzja wyróżnia się tym, iż tego rodzaju ograniczenia zastosowane były w ramach **franczyzy**. Jest to bardzo popularny w obrocie handlowym system sprzedaży, którego niejako immanentną cechą (istotą) jest **zachowanie jednolitości (identyczności) w zakresie sprzedaży towarów/świadczenia usług** przez wszystkich przedsiębiorców działających w tym systemie/porozumieniu<sup>90</sup> (danej sieci franczyzowej<sup>91</sup>). Wiąże się to z potrzebą ochrony wypracowanej przez francyzodawcę renomy oraz standardów prowadzenia działalności gospodarczej<sup>92</sup>, która „sprawdziła się” na rynku. To zaś wymaga wprowadzenia szeregu różnego rodzaju obowiązków (dyrektyw) w zakresie sposobu prowadzenia tej działalności nakładanych na francyzobiorców (jak np. prowadzenie danego punktu handlowego pod

---

89 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. nr DOK - 1/2013 (dalej, także jako „decyzja w sprawie Sfinks”).

90 Na co powoływała się w cyt. wyżej decyzji także spółka Sfinks, która przedstawiła argumenty mające uzasadniać ujednolicanie działalności przedsiębiorców będących uczestnikami sieci restauracji pod marką Sphinx. Według tej spółki „umowy franczyzowe, jako te które w swym charakterze pozwalają małym przedsiębiorcom korzystać z renomy dużych, znanych firm i marek muszą cechować się jednolitością, co do wymagań i zasad postępowania wskazywanych przez francyzodawcę. Niejako przypisaną zasadą do umów franczyzy jest jednolitość tak by konsument mógł korzystać z niemal identycznej usługi co do jakości obsługi, a w tym i co do ceny we wszystkich jednostkach uczestniczących pod oznaczoną marką, niezależnie czy z tej marki korzysta jej właściciel, czy tylko francyzobiorca. Ta istota franczyzy, jako umowy charakterystycznej i choć w systemie polskiego prawa nieskodyfikowanej to jednakże umowy nazwanej jest powszechnie przyjęta i akceptowana, jako umowa standardowo znajdująca się w obrocie prawnym (...)”.

91 Na takie cechy istotne franczyzy wskazuje się w piśmiennictwie, zob. np. A. Bolecki, *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 7(2), s. 63 (oraz cyt. tam R.J. Massetti Jr, *Is Your Business Right for Franchising?*, Lulu Enterprises Inc., USA 2007; B. Pokorska, *Przedsiębiorca w systemie franczyzowym*, Warszawa 2004). Autor ten wśród cech wyróżniających franczyzę (w szczególności w porównaniu z - jak to to określa ów Autor - „klasyczną umową dystrybucyjną”) wymienia w pierwszej kolejności „jednolitość i standaryzacja sieci”, a także „znacznie większe niż w przypadku klasycznej dystrybucji ryzyko francyzodawcy związane z niesubordynacją jego partnerów, wpływającą na renomę i integralność sieci”.

92 Co podkreśla się także w orzecznictwie, zob. zwłaszcza wyrok Trybunału z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH* przeciwko *Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Zb. Orz. 1986, s. 353 (dalej, „wyrok w sprawie Pronuptia”).

marką francyzodawcy; podobny lub identyczny wystrój wewnątrz i/lub ubiór pracowników; wymóg zaopatrywania się przez francyzobiorcę u wskazanych lub zaakceptowanych przez francyzodawcę dostawców; zakaz prowadzenia przez francyzobiorcę działalności konkurencyjnej<sup>93</sup>). Ujednoczenie polityki cenowej (także przez klauzule formalnie kwalifikujące się jako RPM), w tym centralne zarządzanie tą polityką przez francyzodawcę (organizatora sieci), niejako wpisuje się w krąg wspomnianych ograniczeń nakładanych na francyzobiorców<sup>94</sup>, mając realizować analogiczny cel, tj. zagwarantowanie jednolitości sieci francyzowej.

Ekonomiczno-prawny kontekst<sup>95</sup> w jakim Sfinks ujednolicił ceny w restauracjach pod jego marką dowodzi, iż ich obiektywnym celem nie było ograniczenie konkurencji za szkodą dla konsumentów i tym samym interesu publicznego o jakim mowa w art. 1 ust. 1 u.o.k.k. Zbieżna ocena pozwala przyjąć, iż celem tych praktyk było przede wszystkim zapewnienie jednolitości sieci francyzowej (świadczonej w jej ramach usług). Dlatego też praktyk tych (choć podlegających klasyfikacji jako RPM) nie powinno się traktować jako godzących w cele ustawy antymonopolowej. Warto w tym miejscu dodać, iż w - cytowanym już w tym opracowaniu wyroku w sprawie Hajduki - Sąd Najwyższy (trafnie) zauważył, iż „nie w każdym przypadku wertykalnych porozumień cenowych dochodzi do zagrożenia interesu publicznego czy też naruszenia wartości istotnych dla prawa antymonopolowego (...)”<sup>96</sup>. Oznacza to, że nie w każdym przypadku stosowania RPM dochodzi do ograniczenia konkurencji (zatem naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k.<sup>97</sup>), a sprawa spółki Sfinks wydaje się być dobrym przykładem potwierdzającym trafność tej tezy. Jest tak tym bardziej z tego względu,

---

93 Zob. K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010...*, LEX/el. 2011 oraz zawarty tam katalog dopuszczalnych (zgodnych z prawem konkurencji) klauzul ograniczeń wertykalnych nakładanych na francyzobiorcę. Katalog ów sporządzony został na podstawie wyroku w sprawie Pronuptia oraz decyzji Komisji dotyczących dystrybucji franchisingowej; zob. też pkt 45 wytycznych wertykalnych, w których Komisja wymienia określone zobowiązania (ograniczenia), które są konieczne dla ochrony prawa własności intelektualnej francyzodawcy (np. zakaz angażowania się przez francyzobiorcę w działalność konkurencyjną).

94 Zob. też wyrok SOKiK z dnia 25 września 2012 r., XVII AmA 46/11 (nie publik.), w którym sąd ów zauważył, iż „kontekst zawarcia umowy patronackiej, która ze swej istoty (podobnie jak umowy franchising'u) eliminuje w pewnym zakresie swobodę przedsiębiorcy w prowadzeniu działalności gospodarczej, poprzez nałożenie na niego różnych rygorów i ograniczeń. **W tym kontekście zapis o kształtowaniu cen na stacji paliw wpisuje się w schemat takiej umowy**” (podkreślenie moje, K.K.).

95 A takie kryterium powinno być wiodące przy ocenie czy dane porozumienie należy kwalifikować jako zakazane ze względu na sam cel.

96 Wyrok SN z dnia 14 maja 2014 r., III SK 44/13, [www.sn.pl](http://www.sn.pl).

97 Zob. też K. Kohutek, *RPM nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży? Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2014, nr 6(3), s. 119-120.

iż z racji na rozdrobnioną strukturę rynków<sup>98</sup> i tym samym znikomy udział w tych rynkach jakimi dysponował Sfinks<sup>99</sup>, a także z uwagi na faktyczny brak konkurencji wewnątrzmarkowej<sup>100</sup>, w danej sprawie stosunkowo łatwo (jednoznacznie) można było stwierdzić, iż kwestionowane praktyki tej spółki nie powodowały także ograniczenia konkurencji (także więc przesłanka „skutku” z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. nie została spełniona).

## VII. Refleksje końcowe

Prezentowane w opracowaniu tym stanowisko neguje zasadność antymonopolowej kwalifikacji (każdego) RPM jako porozumienia zakazanego ze względu na antykonkurencyjny cel w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k./art. 101 ust. 1 TFUE. Zasadność tego stanowiska potwierdzają nie tylko argumenty prawne (w tym wywodzące się z właściwej wykładni relewantnych przepisów), ale także natury ekonomicznej (faktycznej). Jednocześnie rodzi się pytanie o swego rodzaju strukturyzację metod analizy jakie mogłyby być stosowane w ramach indywidualnego podejścia do RPM. Ocena poszczególnych przypadków powinna być bowiem indywidualna (czego wymaga kryterium prawidłowości), jednakże w oparciu o możliwe zgeneralizowane (abstrakcyjne) reguły (za czym przemawia kryterium stosowalności<sup>101</sup>). W zakresie konstruowania takich reguł pomocne (lub choćby inspirujące) mogłyby być czynniki (przesłanki) wypracowane w amerykańskiej sprawie Leegin<sup>102</sup>. Warto jedynie dodać, iż postulowana tu indywidualna ocena RPM (ewaluacja prawno-ekonomicznego kontekstu jego stosowania) nie implikuje wymogu ważenia pro- i

---

98 W danej sprawie lokalnych rynków – jak to określił Prezes UOKiK - restauracji nieformalnych na terenie Polski (na jakich działają także np. TelePizza, Pizza Hut, KFC, Burger King, McDonalds); zob. pkt 60 decyzji w sprawie Sfinks.

99 Wedle znanych szacunków udział ten w krajowym rynku HoReCa (Ho – Hotele, Re – Restauracje, Ca – Kawiarnie) - czyli lokali oferujących posiłki z przeznaczeniem do konsumpcji na miejscu – wynosił 0,8%; zob. pkt 59 i 70 decyzji w sprawie Sfinks.

100 Z reguły bowiem w danym mieście działała tylko jedna restauracja pod marką Sphinx (a w większych miastach były one od siebie znacznie oddalone). Tym samym na danym rynku lokalnym – którego obszar był nieznaczny (determinowany odległością jaką konsument gotów jest pokonać dokonując wyboru miejsca na spożycie posiłku – zazwyczaj do kilku/kilkunastu kilometrów; zob. też pkt 63 decyzji w sprawie Sfinks) – konkurencja faktycznie nie mogła występować niejako „wewnątrz tej marki”. Także więc nie może tu być mowy o wystąpieniu antykonkurencyjnego skutki w postaci ograniczenia konkurencji wewnątrzmarkowej.

101 O kryteriach tych zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 33-43, 261-288 .

102 Tzw *Leegin factors*; Formułowanie stosownych postulatów *de lege ferenda* w kontekście nowelizacji prawa dotyczącego RPM ( lub choćby modyfikacji jego interpretacji) nie stanowiło przedmiotu analizy tego opracowania; na ten temat, zob. np. K. Kohutek, *Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi de lege ferenda*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015 nr 1 (w druku).

antykonkurencyjnych aspektów danego porozumienia<sup>103</sup>, a zmierzać ma przede wszystkim w kierunku prawidłowego uznania RPM jako zakazanego ze względu na cel bądź też nieprzyjmowania takiej klasyfikacji tego ograniczenia. W tym drugim wypadku nie jest zarazem wykluczone objęcie RPM reżimem art. 6 ust. 1 u.o.k.k./art. 101 ust. 1 TFUE, jakkolwiek będzie to warunkowane udowodnieniem (przez Prezesa UOKiK/Komisję) antykonkurencyjnych skutków (względnie przedłożenia konkretnych – zatem nie tylko czysto teoretycznych – argumentów/teorii wskazujących na wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia takich skutków w bliższej lub dalszej przyszłości).

---

<sup>103</sup> Co „zastrzeżone” jest wyłącznie na potrzeby stosowania art. 8 ust. 1 u.o.k.k./art. 101 ust. 3 TFUE (wyłączenie indywidualne/wyjątek legalny); zob. pkt pkt 11 in fine wytycznych Komisji dotyczących stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 97) oraz cyt. tam pkt 107 wyroku SPI z dnia 23 października 2003 r. w sprawie T-65/98 *Van der Bergh Foods v. Komisja*, Zb. Orz. 2003, s. II-4653.