

Sposoby dystrybucji towarów i usług z perspektywy prawa konkurencji

adw. Marcin Alberski, adw. Stanisław Szymanek

2 grudnia 2021 r.



Agenda

- Porozumienia dystrybucyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji.
- Modele dystrybucji towarów i usług:
 - dystrybucja otwarta;
 - dystrybucja wyłączna;
 - dystrybucja selektywna;
 - umowy franczyzowe;
 - umowy agencyjne.
- Najpoważniejsze ograniczenia prawa konkurencji w porozumieniach wertykalnych.



Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji

Polska

- Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Unia Europejska

- Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych.
- Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych.

Obecnie trwają prace nad przyjęciem nowego Rozporządzenia Komisji oraz nowych Wytycznych Komisji Europejskiej, które mają wejść w życie w połowie 2022 r.



Dlaczego weryfikacja porozumień dystrybucyjnych jest ważna?

Niektóre praktyki stosowane w ramach umów dystrybucyjnych mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji pomiędzy produktami lub pomiędzy poszczególnymi kanałami dystrybucji. W konsekwencji, odbiorcy końcowi płaciliby ceny wyższe niż te wynikające z nieograniczonej konkurencji.

Przed zawarciem umowy dystrybucyjnej warto zweryfikować czy zawierana umowa jest zgodna z prawem konkurencji, a więc czy poszczególne postanowienia nie stanowią praktyk zakazanych.

Sankcją z tytułu ewentualnego stosowania praktyk antykonkurencyjnych jest:

- **nieważność i brak egzekwowalności umowy** (lub określonego postanowienia);
- **kary pieniężne w wysokości do 10% przychodów**, osiągniętych przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym wydanie decyzji;
- **kary pieniężne nakładane na osoby zarządzające przedsiębiorcą.**



Pojęcie porozumień wertykalnych

Porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, z których każdy działa – w ramach takiego porozumienia - na różnym szczeblu obrotu, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów.

- umowy dystrybucyjne;
- umowy agencji;
- umowy komisu;
- umowy franczyzy.



Stosowanie rozporządzeń w sprawie wyłączeń wertykalnych

Porozumienie wertykalne jest objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń wertykalnych (a zatem jest zgodne z prawem konkurencji) jeżeli:

- udział nabywcy i dostawcy w rynku objętym porozumieniem nie przekracza 30%;
- porozumienie nie zawiera zakazanych klauzul ograniczających konkurencję (tzw. *hardcore restraints*).

Niemożliwość wyłączenia na podstawie zwolnienia grupowego nie oznacza, że dane porozumienie jest nieważne.

W takim przypadku należy sprawdzić czy porozumienie może zostać zwolnione na podstawie tzw. wyłączenia indywidulanego określonego w ramach art. 8 ust. 1 uokik lub art. 101 ust. 3 TFEU (Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej).



Modele dystrybucji towarów i usług

- dystrybucja otwarta;
- dystrybucja wyłączna;
- dystrybucja selektywna;
- umowy franczyzowe;
- umowy agencyjne.



Dystrybucja otwarta i wyłączna

Dystrybucja otwarta

Dostawca sprzedaje swoje towary lub usługi do nabywców, którzy mogą je wykorzystywać na własne potrzeby lub odsprzedawać dalej.

Dostawca nie wprowadza ograniczeń związanych z możliwością odsprzedaży czy z liczbą nabywców na określonym terytorium.

Dystrybucja wyłączna

Dostawca przydziela terytorium lub grupę klientów na zasadzie wyłączności sobie lub jednemu nabywcy i ogranicza innym nabywcom możliwość aktywnej (czynnej) sprzedaży na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów.

Obecnie planowane jest wprowadzenie możliwości przydzielanie wyłącznego terytorium lub wyłącznej grupy klientów do więcej niż jednego przedsiębiorcy, przy czym liczba takich wyłącznych dystrybutorów myłaby ustalana proporcjonalnie.



Dystrybucja selektywna

Dostawca zobowiązuje się sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, a dystrybutorzy ci zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system.

Kryteria stosowane przez dostawcę:

- mogą mieć charakter jakościowy, ilościowy lub mieszany.
- mogą zmieniać się w czasie obowiązywania umowy dystrybucji selektywnej.
- nie muszą być publikowane, ale muszą być weryfikowalne.

Łączenie dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną jest niedopuszczalne.



Kryteria w dystrybucji selektywnej

Kryteria jakościowe

Obiektywne kryteria wynikające z charakteru produktu, takie jak szkolenie personelu zajmującego się sprzedażą, usługa świadczona w punkcie sprzedaży oraz gama sprzedawanych produktów.

Taki system dystrybucji jest zgodny z prawem konkurencji, o ile spełnione są następujące przesłanki:

- charakter danego produktu lub usługi wymaga systemu dystrybucji selektywnej; tym samym, system dystrybucji selektywnej można stosować w odniesieniu do produktów wysokiej jakości, produktów zaawansowanych technologicznie, produktów luksusowych, itd.;
- wyбір odsprzedawców musi być dokonywany na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów ustalonych w sposób jednolity;
- narzucone kryteria muszą być konieczne (proporcjonalne).

Kryteria ilościowe

Kryteria, które przyczyniają się do ograniczenia potencjalnej liczby dealerów, np. ponieważ w ich ramach wymaga się minimalnej lub maksymalnej sprzedaży lub ustala liczbę dealerów.



Cechy charakterystyczne dystrybucji selektywnej

- Możliwość wprowadzenia zakazu odsprzedaży dystrybutorom nieautoryzowanym na terytorium, na którym: dostawca aktualnie stosuje dystrybucję selektywną; dostawca w ogóle nie prowadzi jeszcze sprzedaży produktów objętych porozumieniem.
- Brak możliwości wprowadzenia ograniczeń wzajemnych dostaw między autoryzowanymi dystrybutorami.
- Brak możliwości wprowadzenia ograniczeń sprzedaży użytkownikom ostatecznym, chyba że określony lokal nie spełnia kryteriów określonych w umowie dystrybucji selektywnej (np. znajduje się w zbyt bliskiej odległości od lokali innych dystrybutorów selektywnych).



Łączenie dystrybucji selektywnej z innymi ograniczeniami

Zakaz konkurowania / jednomarkowość

Sprzedaż produktów konkurencyjnych obok produktów sprzedawanych selektywnie

- Połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem konkurowania.
- Połączenie dystrybucji selektywnej z zakazem kupowanie produktów do odsprzedaży od jednego z określonych konkurencyjnych dostawców lub od większej liczby takich dostawców.

Wyłączność zakupów

Zobowiązanie dystrybutorów do kupowania określonych towarów wyłącznie od określonego dostawcy jest niedopuszczalne (nawet jeśli nie dotyczy ono całej kategorii produktów, lecz np. tylko tych marek, które dostawca sam wprowadza na rynek).



Umowy franczyzowe

Franczyza umożliwia stworzenie, przy ograniczonych inwestycjach, jednolitej sieci dystrybucji jego produktów.

Umowy franczyzy zawierają licencje dotyczące praw własności intelektualnej związanych ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz know-how do celów wykorzystania i dystrybucji towarów lub usług. Oprócz udzielenia licencji, francyzodawca zwykle zapewnia francyzobiorcy pomoc handlową lub techniczną.

Francyzobiorca płaci opłatę francyzową za możliwość wykorzystania konkretnego sposobu prowadzenia działalności.

Francyzobiorca jest odrębnym przedsiębiorcą, który działa w swoim imieniu i na swoje ryzyko, a w konsekwencji francyzodawca nie może podejmować decyzji biznesowych francyzobiorcy.



Umowy agencyjne

Co do zasady, umowy agencji nie są objęte zakresem art. 101 TFUE oraz art. 6 uokik, ponieważ nie są one zawierane pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Działalność agenta jest realizowana w ramach działalności dającego zlecenie.

Żeby potwierdzić brak zastosowania prawa konkurencji do umowy agencji, trzeba zweryfikować czy agent ponosi ryzyko finansowego lub handlowe w związku z działaniami, do których został wyznaczony.

- Ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta na rzecz dającego zlecenie, np. finansowanie zapasów;
- Ryzyko dotyczące inwestycji związanych z konkretnym rynkiem, wymaganych przy danym rodzaju działalności;
- Ryzyko związane z innymi działaniami podejmowanymi na tym samym rynku produktowym w tej mierze w jakiej dający zlecenie wymaga podjęcia takich działań przez agenta.



Przedstawiciele handlowi

Działalność przedstawiciela handlowego stanowi połączenie zastępstwa bezpośredniego z elementami pośrednictwa gospodarczego.

Podobnie jak w przypadku agencji, konieczna jest analiza treści i istoty relacji prawnych między stronami.

Jeśli przedstawiciel handlowy prowadzi działalność gospodarczą na własny koszt i ryzyko, to dający mu zlecenie może narzucać mu sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży.

Jeśli przedstawiciel handlowy pełni jedynie funkcje wykonawczo-pomocnicze wobec dającego zlecenie, to nie jest on niezależnym przedsiębiorcą, a zatem dopuszczalne byłoby narzucanie mu cen odsprzedaży.



Podwójna dystrybucja

Dostawca jest wytwórcą oraz dystrybutorem towarów, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest konkurentem na szczeblu wytwórstwa.

Taka sytuacja objęta jest wyjątkiem z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, o ile spełnione są ogólne przesłanki dla zastosowania tego wyłączenia.

W połowie 2022 r. wejdą w życie przepisy, które wprowadzą zmiany w zakresie tego jak takie sytuacje są postrzegane z perspektywy prawa konkurencji.



Najpoważniejsze ograniczenia prawa konkurencji w porozumieniach wertykalnych

- **Ustalanie cen odsprzedaży towarów i usług, które są dystrybuowane przez dystrybutorów**
→ Takie praktyki są niedopuszczalne z uwagi na ich negatywny wpływ na konkurencję cenową między produktami oferowanymi przez dystrybutorów.
- **Ograniczenia terytorialne oraz ograniczenia dotyczące grup klientów**
→ Takie praktyki są niedopuszczalne z uwagi na ich negatywny wpływ na konkurencję w ramach jednej sieci dystrybucyjnej oraz ryzyko fragmentacji rynku wewnętrznego.



Ceny odsprzedaży

Niedopuszczalne

- sztywne ceny odsprzedaży;
- minimalne ceny odsprzedaży.

Dopuszczalne

- maksymalne ceny odsprzedaży (o ile sprzedaż poniżej tej ceny będzie opłacalna, a cena taka nie będzie agresywnie monitorowana lub egzekwowana);
- sugerowane (rekomendowane) ceny odsprzedaży (o ile sprzedaż poniżej tej ceny będzie opłacalna, a cena taka nie będzie agresywnie monitorowana lub egzekwowana).

Przekazując informację o sugerowanych cenach odsprzedaży należy rozróżnić: ceny hurtowe, sugerowane ceny detaliczne, zakładane ceny sprzedaży (dla zilustrowania marży).



Ograniczenia terytorialne oraz ograniczenia dotyczące grup klientów

Niedopuszczalne jest ograniczanie terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym,

z wyjątkiem ograniczenia:

- dotyczącego lokalu lub terenu, na którym nabywca prowadzi działalność,
- sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego,
- aktywnej sprzedaży do określonego terytorium lub określonej grupy klientów zastrzeżonych dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym, (...).



Rozróżnienie pomiędzy sprzedażą aktywną a pasywną

Aktywna sprzedaż polega na czynnym zabieganiu o klientów i obejmuje wszelkie formy sprzedaży inne niż sprzedaż pasywna, w której sprzedaż następuje jako odpowiedź na zapytanie ze strony klienta indywidualnego a nie jest zaś rezultatem aktywnych działań przedsiębiorcy.



Sprzedaż aktywna a pasywna – przykłady offline

Sprzedaż aktywna	Sprzedaż pasywna
• Nawiązywanie kontaktów z poszczególnymi klientami poprzez – na przykład – bezpośrednie listy, w tym wysyłanie niezamawianych wiadomości poczty elektronicznej, lub wizyty. • Aktywne kontakty z konkretną grupą klientów lub klientami na konkretnym terytorium za pośrednictwem reklam w mediach, w Internecie. • Inne rodzaje promocji specjalnie ukierunkowanych na tę grupę klientów lub na klientów na tym terenie.	• Odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów, w tym dostawę towarów lub usług takim klientom. • Ogólne reklamy lub promocja, które docierają do klientów na (wyłącznych) terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, lecz będące odpowiednim sposobem docierania do klientów poza tymi terytoriami lub grupami, np. do klientów na własnym terytorium.



Sprzedaż aktywna a pasywna – przykłady online

Sprzedaż aktywna	Sprzedaż pasywna
• Reklamy internetowe skierowane do określonych klientów. • Bannery ukierunkowane na określone terytorium, zamieszczane na stronach internetowych osób trzecich. • Opłacanie wyszukiwarki internetowej lub dostawcy reklam internetowych za wyświetlanie reklam specjalnie dla użytkowników na konkretnym terytorium stanowi aktywną sprzedaż na tym terytorium.	• Wykorzystanie przez dystrybutora strony internetowej do sprzedaży produktów. • Klient odwiedzający stronę internetową dystrybutora, nawet gdy taki kontakt prowadzi do sprzedaży, w tym dostawy. • Klient odwiedzający stronę internetową dystrybutora, zapisujący się na automatyczny newsletter, co następnie prowadzi do sprzedaży, w tym dostawy.



Zakaz ograniczania sprzedaży online

Każdy nabywca (dystrybutor, franczyzobiorca) musi mieć możliwość używania Internetu do sprzedaży produktów lub usług.

Możliwe jest jednak nałożenie kryteriów jakościowych związanych z prowadzeniem sprzedaży online.

Obecnie zakazane są na przykład te ograniczenia:

- przekierowywanie klientów na strony internetowe producentów lub innych dystrybutorów;
- zakończenie transakcji, gdy dane karty kredytowej ujawnią adres na innym terytorium;
- ograniczenie tego jak duża część sprzedaży dystrybutora może pochodzić z kanału online;
- stosowanie podwójnych cen w kanale online i offline.



Ograniczenia w reklamie internetowej

Zakaz posługiwania się w reklamie kontekstowej określonymi oznaczeniami lub uzależnienie od zgody dostawcy możliwości stosowania w reklamie kontekstowej określonych oznaczeń stanowi praktykę ograniczającą konkurencję.

Praktyka ta ogranicza efektywne korzystanie z Internetu jako kanału sprzedaży i stanowi ograniczenie sprzedaży pasywnej.

Praktyka ta chroni przedsiębiorcę przed konkurencją ze strony niezależnych dystrybutorów poprzez zwiększenie ruchu do własnego sklepu internetowego, a jednocześnie zmniejsza widoczność dystrybutorów w Internecie poprzez ograniczenie im możliwości korzystania z reklamy kontekstowej w celu wskazania, że sprzedają oni produkty producenta.



Ograniczenia w wykorzystywaniu platform internetowych

Dopuszczalne jest zakazanie sprzedaży towarów luksusowych na platformach internetowych (np. Amazon, eBay), jeżeli ograniczenie to spełnia wymagania prawa konkurencji.

Zakaz korzystania z platform internetowych nie może być utożsamiany z bezwzględnym zakazem prowadzenia sprzedaży za pośrednictwem Internetu. Autoryzowani dystrybutorzy mogą nadal sprzedawać towary za pośrednictwem własnych stron internetowych oraz za pośrednictwem nieautoryzowanych platform osób trzecich, jeżeli ich zaangażowanie w sprzedaż nie jest widoczne dla konsumenta.

Podmiot organizujący dystrybucję towarów nie ma możliwości wyegzekwowania na platformach osób trzecich zgodności z kryteriami jakościowymi dystrybucji selektywnej, ponieważ brak jest stosunku umownego z tymi platformami, tj. nie były one autoryzowane do prowadzenia dystrybucji.

Zmiany mające wejść w życie w połowie 2022 r. rozszerzą możliwość stosowania zakazu sprzedaży na platformach internetowych również innych produktów niż luksusowe.



Zakaz konkurowania

Zakaz konkurowania, którego czas jest nieokreślony lub przekracza 5 lat, stanowi naruszenie prawa konkurencji.

Jednocześnie zakaz konkurowania, który jest w sposób milczący odnawiany po upływie 5 lat, jest uważany za zawarty na czas nieokreślony.

Jednakże okres 5 lat nie ma zastosowania, gdy towary lub usługi objęte porozumieniem są sprzedawane przez nabywcę w lokalach i na terenie, których właścicielem jest dostawca, lub które dostawca wynajmuje lub dzierżawi od osób trzecich niezwiązanych z nabywcą, pod warunkiem, że okres trwania zakazu konkurowania nie przekracza okresu zajmowania przez nabywcę tych lokali i terenu.



Zakaz konkutowania po rozwiązaniu umowy

Zakaz konkutowania obejmujący okres po zakończeniu porozumienia stanowi naruszenie prawa konkurencji.

CHYBA ŻE:

- zobowiązanie dotyczy towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem;
- zobowiązanie jest ograniczone do lokalu i terenu, na którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia;
- zobowiązanie jest niezbędne do ochrony know-how przekazanego przez dostawcę nabywcy;
- czas obowiązywania zobowiązania jest ograniczony do jednego roku po zakończeniu obowiązywania porozumienia.

Powyższe nie ogranicza możliwości nakładania zakazu konkutowania w związku z know how jaki dystrybutor pozyskał w ramach prowadzenia dystrybucji produktów lub usług.



Pozostałe praktyki mające znaczenie z perspektywy prawa konkurencji

- jednomarkowość;
- wyłączność dostaw;
- zobowiązania do parytetu cenowego (klauszule najwyższego uprzywilejowania);
- opłaty za dostęp wnoszone z góry;
- porozumienia dotyczące zarządzania kategoriami produktów;
- sprzedaż wiązana.



Dziękujemy za uwagę!

Marcin Alberski

Senior Associate, adwokat

tel: +48 600 345 945

marcin.alberski@twobirds.com



Stanisław Szymanek

Associate, adwokat

tel: +48 883 379 571

stanislaw.szymanek@twobirds.com



www.twobirds.com/pl

