Zmiana unijnego prawa konkurencji w zakresie oceny porozumień wertykalnych

ALERT PRAWNY

Wstęp

1 czerwca 2022 r. w życie wchodzi nowe rozporządzenie Komisji Europejskiej (2022/720) w sprawie wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych („**VBER**"). Nowy VBER zastępuje obowiązujące przez ostatnie dwanaście lat rozporządzenie i wraz z nowymi wytycznymi Komisji częściowo zmienia reguły antymonopolowej oceny porozumień wertykalnych między przedsiębiorcami. Przedsiębiorcy mają 1 rok (do końca 31 maja 2023 r.) na dostosowanie swoich praktyk i umów do nowego VBER w zakresie w jakim nowe przepisy są bardziej restrykcyjne od poprzednich.

Wraz z VBER Komisja opublikowała nowe wytyczne do VBER („**Wytyczne Wertykalne**") mające ułatwić przedsiębiorcom ocenę ich porozumień, w tym takich, które nie mogą skorzystać z automatycznego wyłączenia.

Model działania wyłączenia grupowego pozostaje taki sam jak dotychczas – automatycznemu wyłączeniu spod zakazu porozumień anty-konkurencyjnych z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („**TfUE**") podlegają porozumienia wertykalne jeśli:

i. udziały rynkowe dostawcy / nabywcy na rynku właściwym, na który sprzedaje / nabywa towary lub usługi objęte porozumieniem nie przekracza 30%; i

ii. porozumienie nie zawiera tzw. *hardcore restrictions*, czyli określonych w VBER ograniczeń działalności przedsiębiorcy.

W sytuacji, w której porozumienie nie spełnia warunków automatycznego wyłączenia, nie oznacza, że automatycznie narusza ono przepisy prawa konkurencji. Podlega ono indywidualnej ocenie na zasadach ogólnych unijnego prawa konkurencji (art. 101 TfUE).

Poniżej podsumowujemy najważniejsze zmiany względem dotychczasowej regulacji.

Zmiany w zakresie modeli dystrybucyjnych i możliwości ochrony dystrybutorów

Nowy VBER częściowo liberalizuje zasady prowadzenia dystrybucji i daje większą elastyczność w budowaniu modeli dystrybucyjnych przez przedsiębiorców, ale bez rewolucji.

Rozszerzenie definicji wyłącznej dystrybucji

Nowy VBER dopuszcza tzw. „dzieloną wyłączność" i za system dystrybucji wyłącznej mogący skorzystać z automatycznego wyłączenia.

Uznaje również sytuacje gdzie dane terytorium lub grupa klientów zostaną przypisane nie tylko jednemu, ale maksymalnie pięciu dystrybutorom. Pozwala to w praktyce rozszerzyć ochronę poszczególnych dystrybutorów.

Aktywna vs pasywna sprzedaż

Definicje obu pojęć zostały uwzględnione w samym tekście VBER i doprecyzowano granice między nimi. Przykładowo:

- używanie strony internetowej nadal jest uznawane za rodzaj pasywnej sprzedaży, której nie można ograniczać, ale pewne konfiguracje stron internetowych mogą być uznane za aktywną sprzedaż, którą można ograniczyć;
- pasywna sprzedaż obejmuje udział w przetargach publicznych (niezależnie od formy) i odpowiadanie na zaproszenie do składania ofert przez podmioty nie-publiczne.

Łączenie różnych systemów dystrybucji i przerzucanie ograniczeń na klientów

Nowy VBER nadal nie obejmuje łączenia dystrybucji selektywnej i wyłącznej w ramach tego samego terytorium. Jednak wprost dopuszcza łączenie tych dwóch systemów na różnych terytoriach i umożliwia dostawcy:

- ograniczanie dystrybutorom selektywnym i ich bezpośrednim klientom aktywnej sprzedaży na terytoria / do grupy klientów objętych systemem dystrybucji wyłącznej;
- ograniczanie dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji wyłącznej i ich bezpośrednim i pośrednim klientom aktywnej i pasywnej sprzedaży do nieautoryzowanych dystrybutorów na terytorium objętym systemem dystrybucji selektywnej.

Dodatkowo, nowy VBER pozwala nałożyć powyższe ograniczenia na dystrybutorów działających w systemie dystrybucji otwartej.

Brak wymogu stosowania równorzędnych kryteriów w dystrybucji selektywnej

Nowe Wytyczne Wertykalne zmieniają dotychczasowe podejście Komisji i wskazują, że dostawca może narzucać różne (nieekwiwalentne) kryteria na dystrybutorów offline i online w ramach dystrybucji selektywnej. Komisja doszła do wniosku, że kanał sprzedaży online nie potrzebuje już tak silnej ochrony. Jednak, zróżnicowanie kryteriów nie może mieć na celu efektywnego ograniczenia sprzedaży online.

Dodatkowo, Wytyczne Wertykalne podkreślają, że system dystrybucji selektywnej korzysta z wyłączenia niezależnie od rodzaju produktów nim objętych i rodzaju kryteriów doboru dystrybutorów.

Zmiany w zakresie możliwości wykorzystania Internetu

Nowy VBER wprowadza wprost nowy rodzaj najcięższych naruszeń (*hardcore restriction*), którego stosowania uniemożliwia zastosowanie automatycznego wyłączenia do porozumienia wertykalnego, tj. *uniemożliwienie skutecznego wykorzystania Internetu przez nabywcę lub jego klientów do sprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem*. Dotychczas kwestia ta była uregulowana tylko w wytycznych.

Klauzula ta ma charakter ogólny i Wytyczne Wertykalne bardziej szczegółowo precyzują rodzaje ograniczeń, które mogą mieć taki charakter. Co do zasady, Wytyczne Wertykalne są spójne z dotychczasowym podejściem Komisji.

Na wyróżnienie zasługuje wskazanie jako *hardcore restriction* ograniczenia używania w całości danego kanału reklamy internetowej, np.:

- uniemożliwianie korzystania z internetowych porównywarek cen czy z płatnej reklamy za pośrednictwem wyszukiwarek internetowych;
- uniemożliwianie dystrybutorowi korzystania ze znaku towarowego dostawcy lub nazwy marki na stronie internetowej.

Wprowadzanie pewnych częściowych ograniczeń w tym zakresie może być dozwolone.

Jednocześnie Wytyczne Wertykalne precyzują, że wyłączenie stosuje się do ograniczania dystrybutorom korzystania z internetowych platform handlowych, jeśli nie blokuje to efektywnie korzystania z całego kanału sprzedaży online.

Uściślenie zasad dotyczących agencji

Nowe Wytyczne Wertykalne rozwijają dotychczasowe wyjaśnienia w jakiej sytuacji art. 101 ust. 1 TfUE nie ma zastosowania do umowy agencji.

Jednym z nowo analizowanych aspektów jest sytuacja, w której dany przedsiębiorca jest dla danego dostawcy jednocześnie agentem w zakresie pewnych produktów i niezależnym dystrybutorem w zakresie innych. Co do zasady Komisja dopuszcza możliwość takiego modelu dystrybucji z zastrzeżeniem, że:

- niezależny dystrybutor musi mieć realną swobodę w nawiązaniu stosunku agencji. Przykła owo dostawca nie może narzucać stosunku agencji pod groźbą zakończenia lub pogorszenia warunków współpracy dystrybucyjnej;
- dostawca nie może narzucać agentowi działalności jako niezależny dystrybutor, chyba że charakter tej dystrybucji będzie spełniał warunki agencji.

Komisja podkreśla, że takie sytuacje będzie analizowała restrykcyjnie, aby uniknąć sytuacji, w której dostawcy starają się użyć agencji do narzucania cen odsprzedaży niezgodnie z VBER.

Status platform internetowych

Nowe Wytyczne Wertykalne podkreślają, że platformy internetowe, np. świadczące usługi pośrednictwa, co do zasady kwalifikują się jako agenci przedsiębiorców korzystających z takich platform. Tym samym platformy są traktowane jako niezależni przedsiębiorcy i do usług pośrednictwa mają zastosowanie ogólne ograniczenia przewidziane w VBER. Takie podejście w praktyce zmniejszy możliwości platform w nakładaniu różnych ograniczeń dotyczących sprzedaży produktów przez nabywców usług pośrednictwa, np. w zakresie ustalania sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży na ich platformach.

Zmiany w zakresie współpracy wertykalnej konkurentów (*dual distribution)*

Podobnie jak przy poprzedniej wersji VBER, wyłączenie ma zastosowanie do porozumień wertykalnych między konkurentami, pod warunkiem, że do konkurencji między nimi dochodzi tylko na szczeblu dystrybucji i dostawca jest producentem.

Nowy VBER **rozszerza** możliwość wyłączenia porozumień wertykalnych między konkurentami również o sytuacje gdzie dostawca jest importerem lub hurtownikiem, pod warunkiem, że nabywający towary nie konkuruje z dostawcą na wyższym szczeblu obrotu, na którym nabywa towary objęte porozumieniem.

Co do zasady jednak nowy VBER **ogranicza** stosowanie automatycznego wyłączenia do umów między konkurentami.

Ograniczenie wymiany informacji między konkurentami

W świetle nowego VBER wyłączenie nie obejmuje już każdej wymiany informacji w ramach współpracy konkurentów objętej VBER. W sytuacji takiej współpracy wyłączenie nie obejmuje wymiany informacji, która nie jest:

- bezpośrednio związana z wdrażaniem porozumienia wertykalnego lub
- niezbędna do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem.

Wytyczne Wertykalne przewidują dodatkowe dyrektywy, które pozwalają przedsiębiorcom ocenić czy dane informacje mogą być między nimi wymieniane. Obejmują one również odpowiednio listy przykładowych informacji, które mogą spełniać powyższe kryteria, jak i takich, które co do zasady mają małe szanse na ich spełnienie.

Niestosowanie VBER do platform hybrydowych

Nowy VBER nie ma zastosowania (brak automatycznego wyłączenia) do porozumień dotyczących dostawy usług pośrednictwa internetowego, jeżeli dostawca takich usług konkuruje z ich nabywcą na rynku właściwym sprzedaży towarów lub usług, w których sprzedaży pośredniczy (platforma hybrydowa).

Brak zastosowania VBER w takiej sytuacji nie oznacza, że tego rodzaju współpraca jest niezgodna z prawem konkurencji. W Wytycznych Wertykalnych Komisja podkreśla, że będzie zwracała mniejszą uwagę na tego rodzaju współpracę, dopóki nie wiąże się ona z najcięższymi naruszeniami prawa konkurencji (tzw. naruszenia ze względu na cel) lub dostawca usługi pośrednictwa internetowego nie ma silnej pozycji rynkowej w zakresie takich usług.

Ograniczenie stosowania klauzul najwyższego uprzywilejowania („MFN")

Klauzule MFN, tj. klauzule gwarantujące jednej ze stron porozumienia, że warunki jej proponowane przez drugą stronę nie są gorsze niż najkorzystniejsze warunki proponowane komukolwiek innemu na rynku, dotychczas podlegały automatycznemu wyłączeniu jeśli spełnione były ogólne warunki wyłączenia. W nowym VBER wyłączenie to zostało częściowo ograniczone. Wyłączeniu nie podlega klauzula skutkująca uniemożliwieniem nabywcy usług pośrednictwa internetowego stosowania względem użytkowników końcowych korzystniejszych warunków przy użyciu konkurencyjnych usług pośrednictwa internetowego. Jest to dość wąski wyjątek, ale w praktyce będzie miał szerokie zastosowanie, ponieważ klauzule MFN były dotychczas szeroko stosowane w różnych rodzajach platform internetowych.

Automatycznemu wyłączeniu na ogólnych zasadach dalej podlegają inne rodzaje klauzul MFN, np. dotyczące sprzedaży na szczeblu hurtowym czy dotyczące innych kanałów dystrybucji niż platformy internetowe.

Rozszerzenie wyjaśnień w zakresie cen odsprzedaży

Nowe Wytyczne Wertykalne rozwijają dotychczasowe wyjaśnienia w zakresie interpretacji pojęcia narzucania cen odsprzedaży. Dwa przykłady zasługujące na uwagę:

- narzucanie minimalnej reklamowanej ceny (tzw. MAPs) Komisja co do zasady zrównuje z narzucaniem minimalnej ceny odsprzedaży. Wytyczne przewidują jednak wyjątek dopuszczający w pewnych sytuacjach narzucanie MAPs, jeśli możliwe jest wykazanie, że dystrybutor regularnie odsprzedaje towary poniżej ceny hurtowej;
- Komisja dopuszcza narzucenia ceny odsprzedaży dystrybutorowi jeśli dostawca (i) już wcześniej uzgodnił z określonym klientem końcowym cenę, (ii) niezależny dystrybutor jest wybierany przez dostawcę tylko do wykonania tej umowy między dostawcą, a klientem końcowym (tzw. *fulfilment contract*) i (iii) cena dotyczy tylko wykonania konkretnej umowy.

Różnicowanie cen między kanałami sprzedaży (dual pricing)

Dotychczas Komisja miała restrykcyjne podejście do różnicowania cen produktów między kanałami offline i online. Nowe Wytyczne Wertykalne przewidują bardziej elastyczne podejście i dopuszczają:

- różnicowanie cen w zależności od kanału sprzedaży nabywcy pod warunkiem, że różnica w cenie „rozsądnie" odnosi się do różnicy w kosztach i inwestycjach pomiędzy kanałami offline i online, i
- stosowanie mechanizmów implementujących takie różnicowanie.

Wytyczne podkreślają, że nie jest wymagane dokonywanie kompleksowych analiz kosztów w tym zakresie. Jednak takie różnicowanie nie może mieć na celu efektywnego ograniczania sprzedaży produktów lub usług do określonych terytoriów lub klientów. Jako przykład Komisja podaje stosowanie takich cen, które w praktyce czynią nieopłacalnym dla nabywcy sprzedawanie towarów online lub ograniczają ilość produktów do sprzedaży online. Dodatkowo, należy podkreślić, że powyższe łagodniejsze podejście Komisji ma zastosowanie do ceny między dostawcą a dystrybutorem, a nie narzucania dystrybutorowi różnicowania cen odsprzedaży w jego różnych kanałach sprzedaży.

Rozszerzenie możliwości stosowania zakazu konkurowania

Podobnie jak w poprzednim VBER, wyłączeniu nie podlegają tylko zobowiązania zakazu konkurowania (tzw. *single branding*) nakładane na nabywcę towarów lub usług, które są zawarte na czas nieokreślony lub przekraczający 5 lat. Jednak nowy VBER nie zawiera już wprost ograniczenia, że takie zakazy konkurowania nie mogą być milcząco odnawiane po upływie 5 lat.

Nowe Wytyczne Wertykalne przyjmują bardziej elastyczne podejście i dopuszczają milczące odnowienie zakazu konkurowania po upływie 5 lat, pod warunkiem, że nabywca ma efektywną możliwość renegocjowania lub wypowiedzenia porozumienia zawierającego taki zakaz, z rozsądnym terminem wypowiedzenia i przy poniesieniu rozsądnych kosztów, tak aby miał efektywną możliwość zmiany dostawcy po 5 latach.

KONTAKT:

Iwona Her
PARTNER

+48 22 520 4326
IWONA.HER
@RYMARZ-ZDORT.COM

Tomasz Kordala
SENIOR ASSOCIATE

+48 22 520 4225
TOMASZ.KORDALA
@RYMARZ-ZDORT.COM

RYMARZ ZDORT

RYMARZ, ZDORT, GASIŃSKI, HER, UZIĘBŁO I WSPÓLNICY SPÓŁKA KOMANDYTOWA, a limited partnership entered in the Register of Business Entities kept by the District Court for the Capital City of Warsaw, in Warsaw, XII Commercial Division of the National Court Register, under KRS number: 0000026546, NIP (taxpayer identification number): 5252191456.