

Anna Laszczyk*

RPM w handlu elektronicznym – *la nouvelle vague* czy *nihil novi*? Przegląd praktyki decyzyjnej organów ochrony konkurencji

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Raport Komisji Europejskiej na temat e-commerce
- III. RPM w handlu elektronicznym
- IV. RPM w handlu elektronicznym – praktyka decyzyjna organów ochrony konkurencji
 1. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej
 2. Praktyka decyzyjna brytyjskiego organu ochrony konkurencji
 3. Praktyka decyzyjna niemieckiego organu ochrony konkurencji
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Celem artykułu jest dokonanie analizy wybranych decyzji KE i wybranych krajowych organów ochrony konkurencji dotyczących porozumień wertykalnych polegających na ustalaniu cen odsprzedaży w handlu elektronicznym. Przyczynkiem do podjęcia tej tematyki jest niedawne badanie sektorowe KE analizujące konkurencyjność handlu elektronicznego. Wnioski z tego badania wskazują, że dostawcy w znaczny sposób wpływają na politykę cenową swoich odsprzedawców, co potencjalnie – w ocenie organu – może mieć negatywny wpływ na konkurencję.

W artykule w pierwszej kolejności przedstawiona jest charakterystyka handlu elektronicznego i ewentualnych, istotnych z perspektywy prawa konkurencji, różnic w stosunku do handlu tradycyjnego. Charakterystyka ta pozwala postawić hipotezę o braku podstaw do tworzenia nowych kryteriów analizy RPM w kanałach dystrybucji online. Hipotezę tę zdaje się również potwierdzać analiza praktyki decyzyjnej organów ochrony konkurencji. Jednocześnie okoliczność stosowania RPM w handlu elektronicznym powinna skłaniać organy ochrony konkurencji do uważnej analizy kontekstu ekonomicznego tej praktyki, w tym w szczególności potencjalnej motywacji dostawcy do jej wdrożenia.

Słowa kluczowe: ustalanie cen odsprzedaży; RPM; e-commerce; handel elektroniczny; Komisja Europejska; Internet.

JEL: K21

* Doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; prawnik w departamencie prawa konkurencji w Linklaters C. Wiśniewski i Wspólnicy sp. k.; e-mail: anialaszczyk@gmail.com. Opinie wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorki.

I. Wprowadzenie

Porozumienia polegające na ustalaniu ceny odsprzedaży przez dostawcę i odbiorcę (*resale price maintenance*; dalej: RPM) oceniane są w unijnym i polskim prawie konkurencji jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, tzw. ograniczenia ze względu na cel. Niemniej w ostatnich latach wiele dyskutowano o potrzebie bardziej ekonomicznego podejścia do RPM, wzorując się m.in. na wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Leegin*¹. Argumentowano, że nie można jednoznacznie stwierdzić, iż RPM jest tak szkodliwy dla konkurencji, by nie było potrzeby badania skutków tej praktyki. Wydaje się, że wnioski z tej dyskusji zostały uwzględnione przez niektóre organy ochrony konkurencji. Jednocześnie obserwacja praktyki decyzyjnej w ostatnich kilku latach, szczególnie KE, pozwalała twierdzić, że RPM nie był priorytetem w stosowaniu prawa konkurencji.

Niemniej ostatnie działania KE, w tym szczególności Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego (dalej: Raport e-commerce) oraz decyzje KE w sprawach *Asus*², *Denon&Marantz*³, *Philips*⁴ oraz *Pioneer*⁵ sugerują, że wraz ze wzrostem znaczenia handlu elektronicznego w gospodarce unijnej, RPM może ponownie stać się priorytetem organów ochrony konkurencji.

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy praktyki decyzyjnej KE oraz wybranych krajowych organów ochrony konkurencji dotyczącej RPM w sektorze handlu elektronicznego. Analiza ta zostanie poprzedzona krótkim podsumowaniem Raportu e-commerce w zakresie, w jakim odnosi się do wertykalnych praktyk cenowych, jak również rozważaniami czy okoliczność stosowania RPM w handlu elektronicznym – w przeciwieństwie do handlu tradycyjnego – powinna wpływać na ocenę zgodności tej praktyki z prawem konkurencji.

II. Raport Komisji Europejskiej na temat e-commerce

W maju 2017 r. KE opublikowała końcowy Raport e-commerce, w którym przedstawiła wnioski z badania sektorowego dotyczącego handlu elektronicznego towarami konsumpcyjnymi. KE zauważyła, że handel elektroniczny zwiększył przejrzystość cenową. Transparentność cenowa rynku ma kilka istotnych konsekwencji, tj. m.in.: (i) przyczynia się do zintensyfikowania tzw. efektu *gapowicza* (*free-riding*); (ii) umożliwia porównywanie cen produktów i tym samym prowadzi do zwiększonej konkurencji cenowej zarówno między sprzedawcami internetowymi, jak i tradycyjnymi, oraz (iii) umożliwia skuteczniejsze monitorowanie cen odsprzedaży zarówno konkurentów (tj. w relacji horyzontalnej), jak i dystrybutorów (tj. w relacji wertykalnej).

Analiza handlu elektronicznego doprowadziła KE do zidentyfikowania zachowań, które mogą budzić wątpliwości na gruncie prawa konkurencji. 42% ankietowanych przez KE sprzedawców internetowych zgłosiło, że otrzymuje zalecenia cenowe. Przyjmują one formę cen rekomendowanych, cen maksymalnych, cen minimalnych, zaleceń stosowania tych samym cen w sprzedaży internetowej i tradycyjnej, wskazania maksymalnego rabatu oraz określenia poziomu cen, który

¹ Wyr. Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 22.01.2007 r. w sprawie 06-480 – *Leegin Creative Leather Products, Inc. przeciwko PSKS, Inc.*

² Dec. Komisji z 24.07.2018 r. w sprawie AT.40465 – *Asus*.

³ Dec. Komisji z 24.07.2018 r. w sprawie AT.40469 – *Denon&Marantz*.

⁴ Dec. Komisji z 24.07.2018 r. w sprawie AT.40181 – *Philips*.

⁵ Dec. Komisji z 24.07.2018 r. w sprawie AT.40182 – *Pioneer*.

powinien być przedstawiany w materiałach reklamowych. Jak wskazano powyżej, przejrzystość rynku ułatwia monitorowanie cen stosowanych przez odsprzedawców, a w konsekwencji – wykrycie ewentualnych odstępstw od zaleceń stało się łatwiejsze. KE wskazuje, że może się to przyczyniać do zmniejszenia skłonności odsprzedawców do tego typu odstępstw.

KE odniosła się również do głosów przedsiębiorców krytykujących zakaz stosowania systemu podwójnych cen w zależności od tego czy produkty mają być oferowane w sprzedaży internetowej, czy tradycyjnej. Raport e-commerce sugeruje, że przeciwdziałanie praktyce *free-ridingu* może stanowić uzasadnienie dla systemu podwójnych cen i prowadzić do zastosowania wyłączenia indywidualnego spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

Raport e-commerce zapowiada także, że analiza praktyk przedsiębiorców odnoszących się do handlu elektronicznego stanie się priorytetem działań KE, co ma się przyczynić do rozwoju i zapewnienia konkurencyjności jednolitego rynku cyfrowego. W tym kontekście, przedstawiciele KE wskazywali, że z uwagi na cechy handlu elektronicznego, praktyka RPM może być przedmiotem zainteresowania organu (Kramler, 2016).

III. RPM w handlu elektronicznym

RPM uznawany jest co do zasady w unijnym prawie konkurencji, a także w prawie krajowym państw członkowskich za naruszenie prawa konkurencji ze względu na cel. RPM może w szczególności ułatwiać zмовę między dostawcami, osłabiać motywację do obniżenia cen hurtowych dla dystrybutorów, osłabiać konkurencję między dystrybutorami oraz ułatwiać zмовę między nimi⁶.

Jednocześnie w literaturze wskazuje się na szereg korzyści związanych z jego stosowaniem. Korzyści te obejmują m.in.: minimalizowanie *free-ridingu*, skoncentrowanie na, innych niż cena parametrach konkurencji wewnątrzmarkowej, ochronę wizerunku marki i jakości sprzedaży, zapobieganie zjawisku podwójnej marży (Fidała, 2016). W literaturze argumentowano również – podążając za wnioskiem przedstawionym w sprawie *Leegin* – że RPM niekoniecznie musi mieć negatywny wpływ na dobrobyt konsumentów, nawet jeśli prowadzi do wyższych cen, bowiem ocena powinna uwzględniać całościowy wpływ tej praktyki na konsumentów, w tym skutki prokonkurencyjne, jak np. poprawa jakości usług (Aziewicz, 2013). Argumentowano również, że nie należy przesądzać *ex ante*, bez podjęcia analizy ekonomicznej, iż RPM stanowi porozumienie ograniczające konkurencję (Jurczyk, 2016)

Wydaje się, że – co do zasady – kryteria oceny RPM stosowanego w handlu elektronicznym są identyczne, jak w przypadku handlu tradycyjnego (Lianos, 2015). Niemniej, ich waga w całościowej, prawnokonkurencyjnej ocenie praktyki może się różnić. W handlu elektronicznym szczególnie istotny jest problem *free-ridingu* (Akman i Sokol, 2017). Mając na uwadze, że ceny produktów oferowanych w sprzedaży internetowej bywają niższe niż w handlu tradycyjnym, konsumenci często oglądają produkt w sklepie tradycyjnym i korzystają z usług sprzedażowych, a następnie nabywają ten produkt online (tzw. *showrooming*). W konsekwencji, dla zapewnienia efektywności działania sieci dystrybucyjnej w handlu tradycyjnym, dostawcy mogą mieć zwiększoną

⁶ Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. UE C 291, 13.10.2000r., s. 1–44), pkt. 223 i 224 (dalej: Wytyczne wertykalne).

motywację do stosowania RPM, zwłaszcza gdy handel elektroniczny odgrywa istotną rolę w całej sieci dystrybucji.

Jednocześnie, RPM może być również motywowany zamiarem zapewnienia dystrybutorom działającym w handlu tradycyjnym zachęt do promowania produktów (Klein, 2015). Systematycznie niższa cena oferowana w handlu elektronicznym może negatywnie wpłynąć na sieć dystrybucyjną w handlu tradycyjnym, ponieważ dystrybutorzy nie otrzymują wystarczającej kompensaty. W konsekwencji mogą nie mieć motywacji do utrzymywania produktów na półkach i jego promowania. Tym samym liczba dystrybutorów w handlu tradycyjnym może ulegać zmniejszeniu.

Jakkolwiek opisane zjawiska nie są obce handlowi tradycyjnemu, to jednak ujawniają się one z większą intensywnością w handlu elektronicznym, co sprawia, że dostawca będzie bardziej skłonny do stosowania RPM (Klein, 2015).

Obecne brzmienie Wytocznych wertykalnych do pewnego stopnia rozpoznaje opisane powyżej mechanizmy i zezwala na stosowanie dodatkowej opłaty w celu wspierania działań sprzedażowych dystrybutora⁷. Nie uzasadnia to jednak stosowania zróżnicowanych cen w zależności od sposobu dystrybucji (tj. internetowa albo tradycyjna).

Natomiast efektywne zobligowanie kilku dystrybutorów do stosowania narzuconej przez dostawcę ceny może – w handlu elektronicznym – szybciej doprowadzić do ujednoczenia cen na rynku. Wynika to z faktu, że przedsiębiorcy stosują algorytmy mające na celu monitorowanie cen konkurentów, które automatycznie dostosowują ceny do cen rynkowych. KE przedstawiła opisaną teorię szkody w związku z wydaniem w lipcu 2018 r. czterech decyzji stwierdzających naruszenie prawa konkurencji polegające na stosowaniu RPM⁸.

Jak wynika z powyższych rozważań, rozwój handlu elektronicznego może skłaniać dostawców do bardziej systematycznego stosowania RPM, zwłaszcza gdy ich sprzedaż internetowa odpowiada za istotną część całkowitej sprzedaży. Jednocześnie analiza RPM w handlu elektronicznym nie wprowadza nowych kryteriów oceny tej praktyki, a jedynie pozwala stwierdzić, że niektóre z kryteriów mogą odgrywać większą rolę.

Wydaje się również, że prawdziwą będzie hipoteza, iż RPM stosowany w środowisku online nie wymaga dostosowania lub nawet stworzenia nowych narzędzi dla oceny tej praktyki. Hipoteza ta zostanie zweryfikowana w oparciu analizę wybranych decyzji KE i krajowych organów ochrony konkurencji.

IV. RPM w handlu elektronicznym – praktyka decyzyjna organów ochrony konkurencji

Punktem wyjścia dla przeglądu praktyki decyzyjnej organów ochrony konkurencji są cztery decyzje KE wydane w lipcu 2018 roku. Jednocześnie w dalszej kolejności przedstawione zostaną decyzje brytyjskiego i niemieckiego organu ochrony konkurencji. Wybór tych decyzji motywowany jest faktem, że brytyjski organ ochrony konkurencji w analizie prawnokonkurencyjnej bezpośrednio wskazywał na istotność handlu elektronicznego dla rozwoju konkurencji. Natomiast niemiecki organ ochrony konkurencji konsekwentnie od co najmniej 10 lat uznaje RPM za jedno z najpoważniejszych ograniczeń prawa konkurencji niezależnie od tego czy

⁷ Wytoczne wertykalne, pkt 52.

⁸ Por. notkę prasową KE towarzyszącą wydaniu decyzji KE. Pozyskano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm.

praktyka jest stosowana wobec odsprzedawców internetowych, czy tradycyjnych. To sugeruje, że model dystrybucji (tj. online lub tradycyjny) nie ma znaczenia dla oceny zgodności RPM z prawem konkurencji⁹.

1. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej

W lipcu 2018 r. KE wydała cztery decyzje adresowane do producentów sprzętu elektronicznego, stwierdzające naruszenie prawa konkurencji polegające na stosowaniu RPM. Po raz pierwszy od 15 lat KE nałożyła na przedsiębiorców kary finansowe za RPM¹⁰. Adresaci decyzji w okresie 2011–2015 podejmowali działania mające na celu na wpływanie na politykę cenową dystrybutorów oferujących w sprzedaży internetowej ich produkty po niższych cenach niż w handlu tradycyjnym. Jeżeli dystrybutorzy nie stosowali się do cen wskazywanych przez dostawców, to spotykali się z groźbami lub sankcjami, jak np. wstrzymanie dostaw. Jednocześnie producenci wdrożyli monitoring online cen stosowanych przez dystrybutorów, co pozwoliło na szybkie reagowanie w przypadku niestosowania się do zaleceń cenowych. Jawne wersje decyzji nie są jeszcze dostępne, niemniej KE opublikowała streszczenia decyzji, które zostały podsumowane poniżej.

W decyzji adresowanej do Denon&Marantz (dalej: D&M), producenta sprzętu audio-video, KE stwierdziła, że w Niemczech i Holandii przedsiębiorca monitorował ceny odsprzedaży stosowane przez odsprzedawców detalicznych i zobowiązał ich (skutecznie) do stosowania cen przez niego wskazanych. D&M nakłoniła odsprzedawców do stosowania cen m.in. przez wywieranie presji, w tym stosowanie środków odwetowych, jak np. tymczasowe wstrzymywanie dostaw. Działanie D&M było częściowo motywowane skargami otrzymanymi od innych odsprzedawców, którzy zwracali uwagę na niższe ceny stosowane przez odsprzedawców internetowych.

W decyzji adresowanej do przedsiębiorcy Asus, KE stwierdziła, że Asus podejmował działania zmierzające do utrzymania poziomu cen detalicznych stosowanych we Francji i Niemczech na poziomie cen rekomendowanych. Asus monitorował ceny stosowane przez detalistów, m.in. za pomocą tzw. porównywarek internetowych, jak również własnego oprogramowania umożliwiającego monitoring i identyfikowanie odstępstw od stosowania ceny rekomendowanej. Podobnie jak w przypadku D&M, źródłem informacji o niedostosowywaniu się odsprzedawców do polityki cenowej Asus były skargi konkurencyjnych odsprzedawców. Asus kontaktował się z odsprzedawcami nieprzestrzegającymi cen rekomendowanych i zalecał podwyższenie ceny. W przypadku dalszego nieprzestrzegania zaleceń, Asus wywierał presję i stosował sankcje.

W przypadku producenta sprzętu elektronicznego, Pioneer, KE uznała za naruszenie pan-europejską strategię zmierzającą do koordynowania i ułatwienia monitorowania cen odsprzedaży. Pioneer monitorował ceny, a w przypadku zidentyfikowania odsprzedawców, którzy nie stosowali się do rekomendacji wywierał na nich presję i stosował sankcje. Ponadto, Pioneer utrudniał handel równoległy swoimi produktami w Unii Europejskiej. KE stwierdziła, że strategia wdrożona przez Pioneer umożliwiła uniknięcie lub co najmniej spowolnienie erozji cen w handlu elektronicznym.

⁹ Przykładem takiego podejścia może być również decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2011 r., DOK-13/2011. W decyzji tej Prezes UOKiK stwierdził stosowanie RPM w handlu elektronicznym. Niemniej okoliczność stosowania tej praktyki wobec odsprzedawców internetowych nie odgrywała istotnej roli w analizie. W innej decyzji, nie dotyczącej bezpośrednio RPM, Prezes UOKiK uznał za naruszające konkurencję porozumienie zmierzające do ograniczenia możliwości sprzedaży internetowej karm dla zwierząt. Ograniczenie to narzucone przez dostawcę zbiegło się w czasie ze skargami dystrybutorów na niskie ceny produktów oferowanych przez dystrybutorów internetowych. Por. dec. Prezesa UOKiK z 30.12.2013 r., RKR-48/2013.

¹⁰ Dec. Komisji z 16.07.2003 r. w sprawie COMP/37.975 - PO/Yamaha.

Streszczenie decyzji adresowanej do przedsiębiorcy Philips nie zawiera bardziej szczegółowego opisu praktyki, której dopuścił się ten przedsiębiorca, ponieważ Philips zdecydował się skorzystać z procedury ugody. W konsekwencji, także dzięki efektywnej współpracy Philips z KE, kara nałożona na tego przedsiębiorcę została obniżona o 40%.

Jakkolwiek pełne wersje decyzji nie są jeszcze dostępne, to już analiza notki prasowej KE oraz streszczeń decyzji pozwala stwierdzić, że organ szczególnie koncentruje się na roli internetowego monitoringu/algorytmów, które w przypadku RPM pełnią dwie funkcje. Z jednej strony pozwalają dystrybutorowi na skuteczne monitorowanie cen i szybkie wykrywanie ewentualnych odstępstw od zaleceń cenowych. Z drugiej zaś – umożliwiają one wywołanie błyskawicznego skutku polegającego na podwyższeniu przez konkurujących odsprzedawców cen produktów dla konsumentów. Mając na uwadze powyższe można spodziewać się dalszej interwencji KE w praktyki dostawców polegające na próbie wywierania wpływu na politykę cenową odsprzedawców internetowych. Jednocześnie interesującą będzie weryfikacja czy i jak KE odniosła się do potencjalnych argumentów, jakie mogły zostać podniesione przez strony postępowania, że RPM przeciwdziała praktyce *free-ridingu* oraz ma na celu ochronę sieci dystrybucji tradycyjnej, w tym zapewnienie jakości usług sprzedażowych. Należy zwrócić uwagę, że wszyscy adresaci decyzji są producentami sprzętu elektronicznego, który, jak należy racjonalnie założyć, często jest przedmiotem praktyki *showroomingu*.

2. Praktyka decyzyjna brytyjskiego organu ochrony konkurencji

W latach 2016–2017 brytyjski organ ochrony konkurencji – *Competition and Markets Authority* (dalej: CMA) wydał trzy decyzje dotyczące niedozwolonego wpływu dostawców na odsprzedawców internetowych. Dwie decyzje dotyczyły RPM, a jedna – obowiązku stosowania minimalnej ceny w materiałach reklamowych (*minimum advertised price*; dalej: MAP), która to praktyka może wywoływać identyczne skutki, jak RPM.

W maju 2016 r. CMA stwierdził naruszenie prawa konkurencji przez producenta wyposażenia łazienki, Ultra Finishing Group Limited (dalej: UFGL)¹¹. UFGL, w odpowiedzi na skargi odsprzedawców na niskie ceny oferowane przez odsprzedawców internetowych, wprowadził politykę handlową online. Polityka ta przewidywała maksymalny rabat liczony od ceny rekomendowanej, jaki mogą stosować odsprzedawcy internetowi. Jednocześnie UFGL podkreślił, że niedostosowanie się do zaleceń będzie skutkowało sankcjami, jak np. zmianą warunków współpracy oraz wycofaniem zgody na wykorzystywanie na stronach internetowych materiałów objętych prawami autorskimi UFGL.

Przedsiębiorca wycofał się z tej polityki po krótkim czasie, niemniej w odpowiedzi na kolejne skargi odsprzedawców wdrożył wytyczne dotyczące sprzedaży online w szczególności w zakresie wykorzystania materiałów objętych prawem autorskim. Jednocześnie wytyczne zawierały m.in. „rekomendację”, by ceny w handlu internetowym nie były niższe niż ceny rekomendowane obniżone o 25%. UFGL zapewnił zobowiązanie do przestrzegania rekomendacji przez podpisanie przez odsprzedawców umowy licencyjnej na wykorzystywanie materiałów UFGL objętych prawem autorskim, która to umowa zawierała również zobowiązanie do przestrzegania rekomendacji.

¹¹ Dec. Competition and Markets Authority z 10.05.2016 r. w sprawie CE/9857-14 – *Online resale price maintenance in the bathroom fittings sector*.

UFGL regularnie monitorował przestrzeganie „rekomendacji” i w przypadku ich niedostosowania pogarszał warunki współpracy z danym odsprzedawcą, zawieszał dostawy produktów, wycofywał prawo do wykorzystywania materiałów objętych prawem autorskim lub wprowadzał łącznie kilka z powyższych środków odwetowych.

CMA stwierdził, że działanie UFGL stanowiło naruszenie prawa konkurencji ze względu na cel. CMA uwzględnił, że rozwój handlu elektronicznego przyczynia się do zintensyfikowania konkurencji między odsprzedawcami tradycyjnymi a internetowymi. Jednocześnie praktyka RPM zmniejsza konkurencyjność handlu elektronicznego i tym samym może potencjalnie skutkować wyższymi cenami dla konsumentów.

W toku postępowania UFGL podniósł, że jej działanie uzasadnione było potrzebą ochrony marki jej produktów, jako że m.in. sprzedawcy internetowi oferowali niesatysfakcjonujący poziom usług, sprzedawali imitacje produktów lub oferowali niesatysfakcjonującą jakość strony internetowej. CMA przyznał, że opisane trudności mogły stanowić przyczynę do wprowadzenia wytycznych w zakresie wykorzystywania materiałów objętych prawem autorskim. Niemniej nie uzasadniały głównego celu porozumienia, jakim była ochrona marży odsprzedawców przez zmniejszenie konkurencji ze strony odsprzedawców internetowych. Jednocześnie UFGL nie podjął próby uzasadnienia, że porozumienie spełnia przesłanki indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

CMA wydał w maju 2016 r. kolejną decyzję stwierdzającą zawarcie niedozwolonego porozumienia wertykalnego¹². Adresatem decyzji jest przedsiębiorca Foster Refrigerator UK (dalej: Foster) oferujący sprzęt gastronomiczny. Foster wprowadził politykę rabatową, która zabraniała dystrybutorom zarówno internetowym, jak i tradycyjnym reklamowania produktów poniżej minimalnej ceny wskazanej przez Foster (MAP). Polityka rabatowa została wprowadzona w celu zabezpieczenia marży odsprzedawców i zredukowania presji konkurencyjnej ze strony odsprzedawców internetowych oferujących niższe ceny. Foster monitorował działania odsprzedawców, w tym zachęcał ich do informowania o przypadkach wskazywania ceny poniżej MAP. W takich sytuacjach Foster zalecał zmianę cen online, by nie były niższe niż MAP, groził pogorszeniem warunków współpracy lub zawieszał dostawy produktów.

CMA uznał, że zakaz wskazywania cen poniżej MAP ograniczył w praktyce możliwość odsprzedawców do samodzielnego ustalenia ceny odsprzedaży poniżej MAP, a w konsekwencji był równoważny praktyce RPM¹³. CMA zweryfikował, że cena reklamowana/wskazywana na stronie odpowiadała faktycznej cenie, którą nabywca był zobligowany zapłacić przy sfinalizowaniu transakcji.

CMA nie rozważał praktyki Foster w kontekście ochrony marki, ochrony sieci dystrybucji tradycyjnej ani także przeciwdziałania praktyce *free-ridingu*. CMA nie miał również okazji wypowiedzieć się na temat wyłączenia indywidualnego, ponieważ Foster nie podniósł żadnych argumentów przemawiających za spełnieniem przesłanek tego wyłączenia.

W maju 2017 r. CMA wydał decyzję adresowaną do producentów urządzeń oświetleniowych kontrolowanych przez National Lightning Company Limited (dalej: NLC, łącznie jako Grupa NLC),

¹² Dec. Competition and Markets Authority z 24.05.2016 r. w sprawie CE/9856/14 - *Online resale price maintenance in the commercial refrigeration sector*.

¹³ Poprzednik CMA, tj. Office of Fair Trading w decyzji wydanej w 2014 r. dotyczącej zakazu ogłaszania w reklamach cen skuterów sprzedawanych przez Internet na poziomie niższym niż sugerowana cena detaliczna, stwierdził, że działanie to stanowi ograniczenie kręgu klientów, którym odsprzedawca może sprzedawać towary. OFT przyjął, że ograniczenie utrudniało odsprzedawcom pozyskanie klientów porównujących ceny w Internecie. Dec. Office of Fair Trading z 27.03.2014 r. w sprawie CE/9578-12 – *Pride Mobility Products*.

która również była adresatem decyzji¹⁴. Grupa NLC zobowiązywała swoich dystrybutorów internetowych do nieoferowania jej produktów poniżej ustalonej dla handlu elektronicznego ceny minimalnej. Jednocześnie wdrożony został mechanizm monitorowania cen, który umożliwiał identyfikowanie przypadków niestosowania się do zaleceń. Grupa NLC świadoma była ryzyka prawnokonkurencyjnego związanego z RPM, a w konsekwencji unikała jakiegokolwiek komunikacji na piśmie. Niemniej „zalecenia” cenowe były komunikowane dystrybutorom przy podpisywaniu przez nich umowy licencyjnej. Jakkolwiek zalecenia te nie były uwzględnione w podpisywanym porozumieniu, to odsprzedawcy mieli świadomość, że podpisując je, zgadzają się na przestrzeganie zaleceń.

We wszystkich decyzjach CMA uznał, że Internet istotnie przyczynia się do zintensyfikowania konkurencji między handlem elektronicznym a tradycyjnym, a w konsekwencji do obniżenia ceny. CMA dostrzegł również istotną rolę przekazów reklamowych online, które także mogą przyczyniać się do zwiększenia konkurencji. Jednocześnie, poza decyzją adresowaną do UFLG, CMA nie rozważał ewentualnych prokonkurencyjnych uzasadnień RPM. W tym kontekście należy również dodać, że przedsiębiorcy nie przedstawiali dodatkowych wyjaśnień lub argumentów uzasadniających zastosowanie indywidualnego wyłączenia.

Zwiększona aktywność CMA w obszarze RPM skłoniła organ do opublikowania otwartego listu do dostawców i odsprzedawców podsumowującego prawnokonkurencyjne ryzyko związane z tego typu porozumieniami¹⁵. W przywoływanym liście, CMA podkreślił m.in., że MAP w praktyce odpowiada RPM. Takie stanowisko organu może budzić wątpliwości, wydaje się bowiem, że odsprzedawca może w łatwy sposób obejść zalecenia MAP przez zastrzeżenie, że ostateczna cena sprzedaży pojawi się przy finalizacji transakcji. Niemniej w sytuacji, w której analiza ekonomicznego kontekstu porozumienia prowadzi do wniosku, że MAP jest efektywną ceną transakcyjną, traktowanie jej jako analogicznej do RPM wydaje się być uzasadnione.

3. Praktyka decyzyjna niemieckiego organu ochrony konkurencji

Praktyka decyzyjna Bundeskartellamt dotycząca RPM jest szczególnie bogata w porównaniu z innymi krajowymi organami ochrony konkurencji czy też KE. Bundeskartellamt konsekwentnie uznaje RPM za najpoważniejsze naruszenie prawa konkurencji. Jednocześnie organ, co do zasady, koncentruje się na oczywistych sprawach, w których wpływ dostawcy na politykę cenową odsprzedawców jednoznacznie wynika ze stanu faktycznego sprawy (Schöning, 2015).

Już w 2009 r., tj. na długo przed wydaniem przez KE decyzji dotyczących praktyk cenowych w handlu elektronicznym, Bundeskartellamt nałożył na jednego z wiodących producentów soczewek kontaktowych – CIBA Vision – karę finansową za RPM¹⁶. CIBA Vision monitorowała ceny oferowane w handlu internetowym i w przypadku, w którym zidentyfikowała, że były one poniżej tzw. poziomu ceny rekomendowanej, interweniowała w politykę cenową dystrybutorów. W tym samym roku Bundeskartellamt wydał jeszcze jedną decyzję – adresowaną do spółki Phonak

¹⁴ Dec. Competition and Markets Authority z 3.05.2017 r. w sprawie 50343 – *Online resale price maintenance in the light fittings sector*.

¹⁵ List otwarty z 20.06.2017 r. opublikowany przez Competition and Markets Authority, *Restricting resale prices: an open letter to suppliers and resellers*. Pozyskano z: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/620454/resale-price-maintenance-open-letter.pdf.

¹⁶ Dec. Bundeskartellamtu z 25.09.2009 r. w sprawie B3-123/08 – *CIBA Vision Vertriebs GmbH, Groβostheim*. Komunikat prasowy dostępny na stronie internetowej: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2009/25_09_2009_Ciba-Vision.html?nn=3591568.

– producenta aparatów słuchowych, która również wpływała na politykę cenową dystrybutorów prowadzących sprzedaż internetową¹⁷.

W roku 2010 Bundeskartellamt nałożył karę na spółkę Garmin, producenta urządzeń nawigacyjnych i zegarków sportowych, za działanie zmierzające do ograniczenia presji konkurencyjnej ze strony odsprzedawców internetowych¹⁸. Garmin wdrożyła mechanizm, w ramach którego stosowała wyższe ceny hurtowe wobec dystrybutorów internetowych, którzy nie przestrzegali jej „zaleceń”. Jeżeli odsprzedawcy dostosowali swoje ceny, Garmin rekompensowała retroaktywnym bonusem uprzednio stosowane wyższe ceny.

W roku 2014 Bundeskartellamt stwierdził, że producent materacy – Recticel Schlafkomfort GmbH¹⁹ – zaoferował niektórym dystrybutorom możliwość uzyskania statusu autoryzowanych odsprzedawców online materacy i prawo do korzystania z logo producenta w zamian za przestrzeganie ceny minimalnej. Jednocześnie niedostosowanie się do ceny minimalnej skutkowało uniemożliwieniem korzystania odsprzedawcy z Google-Adwords czy portalu Ebay.

W roku 2015 adresatem decyzji Bundeskartellamt był inny producent materacy (Metzeler), który zobowiązał swoich dostawców do stosowania „rekomendowanych” cen promocyjnych²⁰. Dystrybutorzy internetowi i tradycyjni zobowiązani byli do stosowania cen wskazanych przez Metzeler, a jednocześnie zakazane było wdrażanie akcji promocyjnych uwzględniających porównania cenowe czy też obietnice rabatowe.

W roku 2016 Bundeskartellamt nałożył karę na producentów mebli za stosowanie RPM polegające na wdrożeniu takich środków, jak pułapy cenowe, wspólne bojkoty i system monitoringu cen odsprzedaży²¹. Dodatkowo, dla handlu elektronicznego zostały wdrożone specjalne zasady, które miały przeciwdziałać erozji cen w handlu internetowym.

Analiza RPM przeprowadzona przez Bundeskartellamt jest zdecydowanie formalistyczna i nie pozostawia miejsca na ewentualne rozważania co do potencjalnych efektywności, czy też obiektywnego uzasadnienia takiej praktyki. Wydaje się, że nie należy spodziewać się zmiany kierunku stosowania prawa konkurencji przez niemiecki organ ochrony konkurencji. W raporcie krajowym przesłanym do OECD dotyczącym wpływu e-commerce na politykę prawa konkurencji, Bundeskartellamt przyznał, że w okresie promocji lub wprowadzenia nowego produktu RPM może być uzasadniony²². Niemniej, nie wydaje się, by argumenty dotyczące *free-ridingu* zostały uwzględnione. (Schöning, 2015).

V. Podsumowanie

Realizacja celu, jakim jest urzeczywistnienie jednolitego rynku cyfrowego, stanowiła przyczynę, dla której KE podjęła się badania handlu elektronicznego i ewentualnych barier jego rozwoju mogących stanowić naruszenie prawa konkurencji. W Raporcie e-commerce wskazano, że

¹⁷ Dec. Bundeskartellamt z 15.09.2009 r. w sprawie B3-69/08 – *Phonak GmbH*. Komunikat prasowy dostępny na stronie internetowej: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2009/15_10_2009_Phonak.html.

¹⁸ Dec. Bundeskartellamt z 18.6.2010 w sprawie B5-100/09 – *Garmin*.

¹⁹ Dec. Bundeskartellamt z 21.08.2014 r. w sprawie *Recticel Schlafkomfort GmbH, Bochum*. Komunikat prasowy dostępny na stronie internetowej: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/22_08_2014_Matratzen.html?nn=3591568.

²⁰ Dec. Bundeskartellamt z 6.02.2015 w sprawie *Metzeler*. Komunikat prasowy dostępny na stronie internetowej: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/06_02_2015_Matratze.html.

²¹ Dec. Bundeskartellamt z 3.8.2016 r. w sprawie B1-164/13; Decyzja Bundeskartellamt z 4.11.2016 r. w sprawie B1-167/13; dec. Bundeskartellamt z 30.11.2016 r. w sprawie B1-87/14; dec. Bundeskartellamt z 15.12.2016 r. w sprawie B1-47/15.

²² Implications of E-commerce for Competition Policy. Note by Germany. 6.06.2018. Pozyskano z: www.oecd.org/daf/competition/e-commerce-implications-for-competition-policy.htm

ograniczanie swobody cenowej odsprzedawców internetowych jest relatywnie częstą praktyką podejmowaną przez dostawców. W konsekwencji KE zapowiedziała działanie zmierzające do egzekwowania prawa konkurencji w handlu elektronicznym, w tym sankcjonowania RPM. Przejawem tej aktywności są decyzje KE wydane w lipcu tego roku.

Jednocześnie analiza praktyki decyzyjnej wybranych krajowych organów ochrony konkurencji udowadnia, że formalne podejście do RPM jako naruszenia konkurencji ze względu cel nie różnicuje istotnie analizy tej praktyki w zależności od kanału dystrybucji (online lub tradycyjny). Prowadzi to do wniosku, że również w odniesieniu do RPM w handlu elektronicznym skuteczne podnoszenie argumentów przemawiających za efektywnością tej praktyki i tym samym spełnieniem przesłanek wyłączenia indywidualnego może być utrudnione.

Niemniej, charakterystyka handlu elektronicznego, jak również motywacji dostawców do stosowania RPM w tym kanale dystrybucji sugeruje, że dla oceny praktyki szczególnie istotne będzie uwzględnienie jej ekonomicznego kontekstu. Wydaje się, że pod uwagę powinny wzięte być następujące kryteria:

- 1) istotność handlu elektronicznego w całej sieci dystrybucyjnej – im istotniejszy jest handel elektroniczny, tym potencjalnie szerszy zasięg danej praktyki;
- 2) powszechność korzystania odsprzedawców internetowych z algorytmów monitorujących i automatycznie dostosowujących cenę do ceny konkurentów – im częściej tego typu algorytmy są stosowane, tym większy wpływ na cały rynek może mieć praktyka RPM; dodatkowo powszechność stosowania tego typu algorytmów w praktyce może niweczyć pozytywne dla konsumentów skutki przejrzystości rynku i możliwości porównywania cen;
- 3) okoliczność, czy cena przedstawiana w reklamie internetowej jest faktyczną ceną transakcyjną – wystąpienie tej okoliczności może sugerować, że praktyka MAP jest równoważna RPM;
- 4) motywacja dostawcy do przeciwdziałania *free-ridingowi*, utrzymania sieci tradycyjnej dystrybucji i potrzeba ochrony marki.

Niektóre ze wskazanych powyżej elementów mogą być również wykorzystane przez przedsiębiorców na potrzeby argumentowania spełnienia przesłanek indywidualnego wyłączenia, jak np. przeciwdziałanie *free-ridingowi* lub potrzeba ochrony marki.

Bibliografia

- Akman, P. i Sokol, D.D. (2017). Online RPM and MFN under Antitrust Law and economics. *Review of Industrial Organization*, 50(2), 133–151, <http://dx.doi.org/10.1007/s11151-016-9560-x>.
- Aziewicz, D. (2013). Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży. *IKAR*, 3(2).
- Fidała, J. (2016). Wertykalne porozumienia cenowe RPM w kontekście rynku książki. *IKAR*, 1(5), <http://dx.doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.1.5.1>.
- Jurczyk, Z. (2016). Co dalej z minimalnymi cenami odsprzedaży. W: A. Fornalczyk, T. Skoczny (red.), *Economics of Competition Protection. Vertical Restraints. Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia Wertykalne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Klein, B. (2015). Resale price maintenance of online retailing. W: R. D. Blair, D. Sokol (red.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics* (t. 2). Oxford: Oxford University Press.

- Kramler, T. (2016). When should national competition authorities take enforcement actions against vertical restraints? (Panel I). W: A. Fornalczyk, T. Skoczny (red.), *Economics of Competition Protection. Vertical Restraints. Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia Wertykalne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Lianos, I. (2016). When should national competition authorities take enforcement actions against vertical restraints? (Panel I). W: A. Fornalczyk, T. Skoczny (red.), *Economics of Competition Protection. Vertical Restraints. Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia Wertykalne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Schöning, F. (2015). Resale Price Maintenance for On-line Businesses: The Hard Position of the Federal Cartel Office (Germany). *Journal of European Competition Law and Practice*, 9(1), <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv041>.