

ZAŁĄCZNIK

KOMUNIKAT KOMISJI – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych

PROJEKT

SPIS TREŚCI

1.	Wprowadzenie.....	6
1.1.	Cel i struktura niniejszych wytycznych	6
1.2.	Możliwość zastosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych...	8
1.2.1.	Wprowadzenie.....	8
1.2.2.	Ramy analityczne	11
1.2.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1.....	12
1.2.4.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel.....	13
1.2.5.	Skutki ograniczające konkurencję.....	15
1.2.6.	Ograniczenia dodatkowe	16
1.2.7.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3.....	16
1.2.8.	Horyzontalne porozumienia kooperacyjne, które zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1	18
1.3.	Związek z innymi wskazówkami i przepisami	19
2.	Porozumienia badawczo-rozwojowe	21
2.1.	Wprowadzenie.....	21
2.2.	Rynki właściwe	23
2.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1.....	23
2.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji.....	23
2.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel.....	24
2.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję.....	24
2.4.	Porozumienia objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.....	28
2.4.1.	Rozróżnienie między „wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi” a „opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi” i pojęcie „specjalizacji w kontekście prac badawczo-rozwojowych”	29
2.4.2.	Wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych i pojęcie specjalizacji w kontekście wspólnego wykorzystywania wyników.....	30
2.4.3.	Przeniesienie praw własności intelektualnej lub udzielenie na nie licencji.....	32
2.5.	Warunki uzyskania wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.....	32
2.5.1.	Dostęp do ostatecznych wyników	32

2.5.2.	Dostęp do już istniejącego know-how	34
2.5.3.	Warunki związane ze wspólnym wykorzystywaniem wyników	34
2.5.4.	Progi, udziały w rynku i okres wyłączenia	35
2.6.	Najpoważniejsze i wykluczone ograniczenia konkurencji	45
2.6.1.	Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji	45
2.6.2.	Wykluczone ograniczenia	48
2.7.	Wycofanie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.....	49
2.8.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3 porozumień badawczo-rozwojowych, które nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.....	52
2.8.1.	Przyrost wydajności	52
2.8.2.	Niezbędność	52
2.8.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów.....	53
2.8.4.	Nieeliminowanie konkurencji	53
2.9.	Czas przeprowadzania oceny	53
2.10.	Przykład.....	54
3.	Porozumienia produkcyjne.....	58
3.1.	Wprowadzenie.....	58
3.2.	Rynki właściwe	59
3.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1.....	59
3.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji.....	59
3.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel.....	60
3.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję.....	61
3.4.	Porozumienia objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	65
3.4.1.	Porozumienia specjalizacyjne	65
3.4.2.	Inne postanowienia porozumień specjalizacyjnych	67
3.4.3.	Wspólna dystrybucja oraz pojęcie „wspólny” w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	68
3.4.4.	Usługi w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	69
3.4.5.	Przedsiębiorstwa konkurujące: rzeczywiści lub potencjalni konkurenci.....	69
3.4.6.	Próg udziału w rynku i okres wyłączenia	69
3.4.7.	Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	71
3.4.8.	Wycofanie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	72

3.5.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3 porozumień produkcyjnych, które nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	72
3.5.1.	Przyrost wydajności	73
3.5.2.	Niezbędność	73
3.5.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów.....	74
3.5.4.	Nieeliminowanie konkurencji	74
3.6.	Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej	74
3.7.	Przykłady.....	78
4.	Porozumienia o zakupach	82
4.1.	Wprowadzenie.....	82
4.2.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	84
4.2.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji.....	84
4.2.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel.....	84
4.2.3.	Skutki ograniczające konkurencję.....	86
4.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3.....	91
4.3.1.	Przyrost wydajności	91
4.3.2.	Niezbędność	91
4.3.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów.....	91
4.3.4.	Nieeliminowanie konkurencji	92
4.4.	Przykłady.....	92
5.	Porozumienia o komercjalizacji.....	96
5.1.	Wprowadzenie.....	96
5.2.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	97
5.2.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji.....	97
5.2.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel.....	97
5.2.3.	Skutki ograniczające konkurencję.....	98
5.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3.....	100
5.3.1.	Przyrost wydajności	100
5.3.2.	Niezbędność	101
5.3.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów.....	101
5.3.4.	Nieeliminowanie konkurencji	101
5.4.	Konsorcja wspólnie składające ofertę.....	101
5.5.	Przykłady.....	104
6.	Wymiana informacji.....	110

6.1.	Wprowadzenie.....	110
6.2.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1.....	112
6.2.1.	Wprowadzenie.....	112
6.2.2.	Główne problemy w zakresie konkurencji związane z wymianą informacji.....	113
6.2.3.	Charakter wymienianych informacji.....	115
6.2.4.	Cechy wymiany.....	119
6.2.5.	Cechy rynku	124
6.2.6.	Ograniczenie konkurencji ze względu na cel.....	125
6.2.7.	Skutki ograniczające konkurencję.....	127
6.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3.....	128
6.3.1.	Przyrost wydajności	128
6.3.2.	Niezbędność	128
6.3.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów.....	129
6.3.4.	Nieeliminowanie konkurencji	129
6.4.	Przykłady.....	129
7.	Porozumienia standaryzacyjne.....	132
7.1.	Wprowadzenie.....	132
7.2.	Rynki właściwe	132
7.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1.....	133
7.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji.....	133
7.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel.....	135
7.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję.....	135
7.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3.....	143
7.4.1.	Przyrost wydajności	143
7.4.2.	Niezbędność	143
7.4.3.	Przeniesienie na konsumentów	145
7.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	145
7.5.	Przykłady.....	145
8.	Standardowe warunki.....	147
8.1.	Definicje.....	147
8.2.	Rynki właściwe	147
8.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1.....	147
8.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji.....	147
8.3.2.	Ograniczenie konkurencji ze względu na cel.....	148
8.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję.....	148

8.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3.....	150
8.4.1.	Przyrost wydajności	150
8.4.2.	Niezbędność	150
8.4.3.	Przeniesienie na konsumentów	150
8.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	151
8.5.	Przykłady.....	151
9.	Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju.....	152
9.1.	Wprowadzenie.....	152
9.2.	Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju nie stwarzające problemów w zakresie konkurencji.....	155
9.3.	Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 1	156
9.3.1.	Zasady	156
9.3.2.	Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju	157
9.4.	Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 3	161
9.4.1.	Przyrost wydajności	161
9.4.2.	Niezbędność	161
9.4.3.	Przeniesienie na konsumentów	163
9.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	168
9.5.	Zaangażowanie organów publicznych	169
9.6.	Przykłady.....	169

1. WPROWADZENIE

1.1. Cel i struktura niniejszych wytycznych

1. Niniejsze wytyczne¹ mają na celu zapewnienie pewności prawa, służąc pomocą przedsiębiorstwom w ocenie zgodności ich horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z unijnymi regułami konkurencji przy jednoczesnym zapewnieniu skutecznej ochrony konkurencji. Mają one również na celu ułatwienie przedsiębiorstwom współpracy, która jest pożądana pod względem ekonomicznym i tym samym przyczynia się np. do transformacji ekologicznej i cyfrowej oraz do wspierania odporności rynku wewnętrznego².
2. W wytycznych określono zasady oceny horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i praktyk uzgodnionych zgodnie z art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (zwanego dalej „art. 101”) i przedstawiono analityczne ramy dla najczęściej spotykanych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych:
 - porozumień badawczo-rozwojowych, w tym wskazówki dotyczące stosowania rozporządzenia Komisji (UE) [...] z dnia [...] grudnia 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych”) (rozdział 2);
 - porozumień produkcyjnych, w tym wskazówki dotyczące stosowania rozporządzenia Komisji (UE) [...] z dnia [...] grudnia 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych”) (rozdział 3);
 - porozumień o zakupach (rozdział 4);
 - porozumień o komercjalizacji (rozdział 5);
 - wymiany informacji (rozdział 6);
 - porozumień standaryzacyjnych (rozdział 7);
 - standardowych warunków (rozdział 8).
3. Ponadto, ponieważ Komisja jest zdecydowana osiągnąć cele Zielonego Ładu dla Unii Europejskiej³, w niniejszych wytycznych przedstawiono wskazówki dotyczące sposobu oceny najpowszechniej występujących horyzontalnych porozumień

¹ Niniejsze wytyczne zastępują komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz.U. C 11 z 14.1.2011, s. 1.

² Zob. również komunikat „Aktualizacja nowej strategii przemysłowej z 2020 r. – tworzenie silniejszego jednolitego rynku sprzyjającego odbudowie Europy” z dnia 5 maja 2021 r., COM(2021) 350 final.

* Ze skutkiem od dnia 1 grudnia 2009 r. art. 81 Traktatu WE stał się art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („Traktatu”). Treść tych dwóch artykułów jest zasadniczo identyczna. Do celów niniejszych wytycznych odniesienia do art. 101 Traktatu należy rozumieć, w stosownych przypadkach, jako odniesienia do art. 81 Traktatu WE. W Traktacie wprowadzono także pewne zmiany terminologiczne, takie jak zastąpienie „Wspólnoty” „Unią” i „wspólnego rynku” „rynkem wewnętrznym”. Terminologia przyjęta w Traktacie będzie stosowana w całości niniejszych wytycznych.

³ Komunikat Komisji „Europejski Zielony Ład”, COM(2019) 640 final.

kooperacyjnych na podstawie art.101, gdy służą one realizacji celów zrównoważonego rozwoju (rozdział 9).

4. Zważywszy na znaczną potencjalną różnorodność rodzajów i kombinacji współpracy horyzontalnej oraz okoliczności rynkowych, w których współpraca ta może być prowadzona, trudno jest przedstawić konkretne rozwiązania każdego potencjalnego problemu. Wytyczne nie stanowią „listy kontrolnej”, którą można było by stosować w sposób mechaniczny. Każdy przypadek należy oceniać na podstawie związanych z nim faktów.
5. Niniejsze wytyczne mają zastosowanie do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych dotyczących towarów, usług i technologii.
6. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą łączyć różne etapy współpracy, na przykład prace badawczo-rozwojowe z produkcją lub z komercjalizacją ich wyników. Niniejsze wytyczne obejmują również takie porozumienia. Stosując niniejsze wytyczne do analizy takiej zintegrowanej współpracy, należy, co do zasady, uwzględnić wszystkie rozdziały dotyczące poszczególnych obszarów współpracy. Jednak w odniesieniu do oceny, czy dane zachowanie będzie zwykle uznawane za ograniczenie konkurencji ze względu na cel lub skutek, zasady ustanowione w rozdziale odnoszącym się do danego obszaru zintegrowanej współpracy, który można uznać za jej „środek ciężkości”, obowiązują dla całej współpracy.
7. Szczególnie istotne znaczenie dla ustalenia środka ciężkości zintegrowanej współpracy mają dwa następujące czynniki: moment rozpoczęcia współpracy oraz stopień zintegrowania różnych funkcji, które są łączone. Choć nie jest możliwe podanie dokładnej i wyraźnej zasady, która obowiązywałaby we wszystkich przypadkach i we wszystkich możliwych kombinacjach, zgodnie ze zdobytym doświadczeniem można uznać, że co do zasady:
 - środkiem ciężkości horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego obejmującego zarówno wspólne prace badawczo-rozwojowe, jak i wspólną produkcję wyników byłyby wspólne prace badawczo-rozwojowe, jeżeli wspólna produkcja będzie miała miejsce wyłącznie w przypadku pomyślnego przeprowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych. Oznacza to, że decydujące znaczenie dla późniejszej wspólnej produkcji mają wyniki wspólnych prac badawczo-rozwojowych. W takim przypadku obowiązują wskazówki zawarte w rozdziale dotyczącym porozumień badawczo-rozwojowych. Wynik oceny środka ciężkości byłby odmienny, jeżeli strony zaangażowałyby się we wspólną produkcję w każdym przypadku, tj. niezależnie od wspólnych prac badawczo-rozwojowych. Oznacza to, że porozumienia takie należy wówczas oceniać jako porozumienia o wspólnej produkcji i że w stosunku do nich obowiązują wskazówki zawarte w rozdziale dotyczącym porozumień o produkcji. Jeżeli porozumienie przewiduje pełną integrację w obszarze produkcji i jedynie częściową integrację niektórych prac badawczo-rozwojowych, środkiem ciężkości współpracy również byłaby wspólna produkcja;
 - podobnie, środkiem ciężkości horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego obejmującego zarówno specjalizację, jak i wspólną komercjalizację wyników byłaby zazwyczaj specjalizacja, ponieważ wspólna komercjalizacja będzie miała miejsce wyłącznie w przypadku współpracy w ramach działań dotyczących specjalizacji;

- środkiem ciężkości horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego obejmującego wspólną produkcję i wspólną komercjalizację produktów byłaby zazwyczaj wspólna produkcja, ponieważ wspólna komercjalizacja będzie miała miejsce wyłącznie w przypadku współpracy w ramach głównych działań polegających na wspólnej produkcji.
8. Test środka ciężkości odnosi się jedynie do relacji między poszczególnymi rozdziałami niniejszych wytycznych, a nie relacji między różnymi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych. Zakres rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych definiują jego przepisy. Zob. rozdział 2 w odniesieniu do porozumień objętych rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i rozdział 3 w odniesieniu do porozumień objętych rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.
9. Wytyczne mają następującą strukturę:
- Pierwszy rozdział stanowi wprowadzenie, w którym przedstawiono kontekst, w jakim art. 101 ma zastosowanie do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Rozdział ten zawiera również informacje dotyczące związku między niniejszymi wytycznymi a innymi przepisami i wskazówkami, mającymi wpływ na horyzontalne porozumienia kooperacyjne.
 - W rozdziałach 2–8 przedstawiono wskazówki służące ułatwieniu przeprowadzenia samooceny na podstawie art. 101 w odniesieniu do najpowszechniejszych horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Rozdział 9 zawiera dodatkowe wskazówki dotyczące przypadków, gdy porozumienia te służą realizacji celów zrównoważonego rozwoju. Wskazówki znajdujące się w rozdziałach 2–9 uzupełniają bardziej ogólne wskazówki przedstawione w niniejszym wprowadzeniu. Zaleca się zatem, aby zawsze zapoznać się najpierw z wprowadzeniem, a dopiero potem przejść do konkretnych rozdziałów.

1.2. Możliwość zastosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych

1.2.1. Wprowadzenie

10. Jednym z celów art. 101 jest zagwarantowanie, aby przedsiębiorstwa nie wykorzystywały horyzontalnych porozumień kooperacyjnych do wyłączenia, ograniczania lub zakłócenia konkurencji na rynku z ostateczną szkodą dla konsumentów.
11. Art. 101 ma zastosowanie do przedsiębiorstw i związków przedsiębiorstw. Przedsiębiorstwo oznacza każdą jednostkę złożoną z elementów osobowych, materialnych i niematerialnych, wykonującą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania⁴. Związek przedsiębiorstw oznacza organizację, w ramach której przedsiębiorstwa tego samego ogólnego rodzaju koordynują swoje zachowanie na rynku⁵. Niniejsza wskazówka ma zastosowanie do

⁴ Zob. np. wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, pkt 72 i cytowane tam orzecznictwo.

⁵ W rozumieniu wyroku z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 76, oraz opinii rzecznika generalnego Légera z dnia 10 lipca 2001 r., Wouters, C-309/99, EU:C:2001:390, pkt 61.

horyzontalnych porozumień kooperacyjnych między przedsiębiorstwami i do decyzji związków przedsiębiorstw.

12. Gdy jedno przedsiębiorstwo wywiera decydujący wpływ na inne przedsiębiorstwo, stanowią one jeden podmiot gospodarczy i w związku z tym są częścią tego samego przedsiębiorstwa⁶. Przedsiębiorstw stanowiących część tego samego przedsiębiorstwa nie uważa się do celów niniejszych wytycznych za konkurentów, nawet jeżeli oba prowadzą działalność na tych samych rynkach produktowych i geograficznych.
13. W celu ustalenia odpowiedzialności za naruszenie art. 101 ust. 1 Trybunał Sprawiedliwości uznał, że spółki dominujące i ich wspólny przedsiębiorca stanowią jedną jednostkę gospodarczą, a zatem wspólne przedsiębiorstwo, jeśli chodzi o prawo konkurencji i rynek właściwy lub rynki właściwe, o ile wykazano, że spółki dominujące wspólnego przedsiębiorcy wywierają decydujący wpływ na wspólnego przedsiębiorcę⁷. W związku z tym, jeżeli wykazane zostanie, że spółki dominujące wywierały decydujący wpływ na wspólnego przedsiębiorcę, Komisja zazwyczaj nie zastosuje art. 101 ust. 1 do porozumień i praktyk uzgodnionych między spółką dominującą lub spółkami dominującymi a wspólnym przedsiębiorcą dotyczących ich działalności na rynku właściwym lub rynkach właściwych, na których wspólny przedsiębiorca prowadzi działalność. Zazwyczaj jednak Komisja stosuje art. 101 ust. 1 do porozumień:
 - między spółkami dominującymi w celu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy;
 - między spółkami dominującymi w celu zmiany zakresu działalności wspólnego przedsiębiorcy;
 - między spółkami dominującymi i wspólnym przedsiębiorcą, gdy porozumienia wykraczają poza zakres produktowy i geograficzny działalności wspólnego przedsiębiorcy; oraz
 - między spółkami dominującymi, gdy nie uczestniczy w nich wspólny przedsiębiorca, nawet gdy dotyczą rynku właściwego, na którym wspólny przedsiębiorca prowadzi działalność.
14. Fakt, że dany wspólny przedsiębiorca i jego spółki dominujące są uznawani za jedno i to samo przedsiębiorstwo na danym rynku, nie stoi na przeszkodzie temu, by na wszystkich innych rynkach te spółki dominujące był uznawane jako niezależne⁸.
15. Aby art. 101 miał zastosowanie do współpracy horyzontalnej, musi istnieć pewna forma współpracy między konkurentami – innymi słowy: porozumienie między przedsiębiorstwami, decyzja związku przedsiębiorstw lub praktyka uzgodniona.

⁶ Zob. np. wyrok z dnia 24 października 1996 r., Viho, C-73/95 P, EU:C:1996:405, pkt 51. W przypadku spółek zależnych stanowiących w całości własność przedsiębiorstw dominujących lub w przypadku gdy spółka dominująca posiada wszystkie prawa głosu związane z akcjami swojej spółki zależnej, można założyć, że takie przedsiębiorstwo dominujące wywiera decydujący wpływ na sposób prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwo zależne; zob. np. wyrok z dnia 10 września 2009 r., Akzo, C-97/08 P, EU:C:2009:536, pkt 60 i kolejne, wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., The Goldman Sachs Group Inc./Komisja, C-595/18 P, EU:C:2021:73, pkt 36.

⁷ Wyrok z dnia 26 września 2013 r., EI du Pont de Nemours and Company, C-172/12 P, EU:C:2013:601, pkt 47 i wyrok z dnia 14 września 2017 r., LG Electronics Inc. i Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P i C-622/15 P, EU:C:2017:679, pkt 71 i 76.

⁸ Wyrok z dnia 14 września 2017 r., LG Electronics Inc. i Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P i C-622/15 P, EU:C:2017:679, pkt 79.

*Współpraca horyzontalna może przybrać formę **porozumienia**, w ramach którego co najmniej dwa przedsiębiorstwa wyrażają zgodną wolę współpracy⁹. **Praktyka uzgodniona** stanowi formę koordynacji między przedsiębiorstwami, w ramach której nie zawierają one porozumienia, lecz świadomie zastępują ryzyko konkurencji praktyczną współpracą¹⁰. Pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje – poza uzgodnieniem dokonany przez przedsiębiorstwa – zachowanie na rynku będące wynikiem tego uzgodnienia i związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nimi¹¹.*

16. Istnienie porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw nie wskazuje samo w sobie, że występuje ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Dla ułatwienia, o ile nie określono inaczej, w niniejszych wytycznych zakres terminu „porozumienie” obejmuje również praktyki uzgodnione i decyzje związków przedsiębiorstw.
17. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą być zawierane przez rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów. Jeżeli dwa przedsiębiorstwa prowadzą działalność na tym samym rynku produktowym i rynku geograficznym, traktuje się je jako rzeczywistych konkurentów. Przedsiębiorstwo uznawane jest za potencjalnego konkurenta innego przedsiębiorstwa, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że – przy braku porozumienia – to pierwsze przedsiębiorstwo przeprowadziłoby w krótkim czasie¹² konieczne dodatkowe inwestycje lub poniosłoby inne niezbędne koszty dostosowawcze w celu wejścia na rynek właściwy, na którym prowadzi działalność drugie przedsiębiorstwo. Ocena musi opierać się na realistycznym podejściu, czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek jest niewystarczająca¹³. Jeżeli w niniejszych wytycznych mowa o konkurentach, oznacza to zarówno konkurentów rzeczywistych, jak i potencjalnych, o ile nie wskazano inaczej.

Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo można uznać za potencjalnego konkurenta innego przedsiębiorstwa, istotne mogą być następujące kwestie:

- *czy przedsiębiorstwo posiada silną determinację i własną zdolność do wejścia na rynek w krótkim czasie i czy nie napotyka przy wejściu na rynek niemożliwych do pokonania barier¹⁴;*

⁹ Zob. np. wyrok z dnia 13 lipca 2006 r., Komisja/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, pkt 37.

¹⁰ Zob. np. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 26; wyrok z dnia 31 marca 1993 r., Wood Pulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 to C-129/85, EU:C:1993:120, pkt 63.

¹¹ Wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 126 i cytowane tam orzecznictwo.

¹² Definicja „krótkiego czasu” zależy od prawnego i ekonomicznego kontekstu i okoliczności sprawy, a zwłaszcza od tego, czy dane przedsiębiorstwo jest stroną horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego czy osobą trzecią. Gdy przedmiotem analizy jest kwestia, czy stronę porozumienia należy uznać za potencjalnego konkurenta drugiej strony, „krótkim czasem” dla Komisji byłby zazwyczaj czas dłuższy niż w przypadku, gdy przedmiotem analizy jest zdolność osoby trzeciej do wywierania presji na stronę porozumienia. Aby osoba trzecia mogła być uznana za potencjalnego konkurenta, wejście na rynek musi nastąpić na tyle szybko, aby zagrożenie potencjalnym wejściem na rynek stanowiło presję konkurencyjną na stronę porozumienia oraz innych uczestników rynku. Z powyższych względów zarówno w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, jak i rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych za „krótki czas” uznano okres nieprzekraczający trzech lat.

¹³ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 37 i 38.

¹⁴ Istnienia patentu nie można samego w sobie postrzegać jako takiej nieprzekraczalnej bariery. Zob. wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, pkt 38 i 58–59.

- czy przedsiębiorstwo podjęło wystarczające kroki przygotowawcze umożliwiające mu wejście na dany rynek;
- rzeczywiste i konkretne możliwości przedsiębiorstwa, które nie prowadzi jeszcze działalności, wejścia na ten rynek i konkutowania z co najmniej jednym z pozostałych przedsiębiorstw – sama teoretyczna możliwość wejścia na rynek nie jest wystarczająca;
- struktura rynku oraz kontekst gospodarczy i prawny, w którym to przedsiębiorstwo funkcjonuje;
- postrzeganie podmiotu obecnego na rynku jest istotnym elementem oceny istnienia stosunku konkurencji pomiędzy nim a przedsiębiorstwem spoza rynku, jako że jeśli to drugie jest postrzegane jako gracz, który potencjalnie wejdzie na rynek, może ono, poprzez samo swoje istnienie, wywierać presję konkurencyjną na przedsiębiorstwo obecne na tym rynku;
- zawarcie porozumienia pomiędzy kilkoma przedsiębiorstwami działającymi na tym samym poziomie łańcucha produkcji, gdy niektóre z nich nie były obecne na danym rynku¹⁵.

1.2.2. Ramy analityczne

18. Ocena na podstawie art. 101 składa się z dwóch kroków. Pierwszym krokiem, na podstawie art. 101 ust. 1, jest zbadanie, czy porozumienie między przedsiębiorstwami, które może wpływać na handel między państwami członkowskimi, ma antykonkurencyjny cel lub przynosi faktyczne lub potencjalne¹⁶ skutki ograniczające konkurencję.
19. Krok drugi, na podstawie art. 101 ust. 3, który stosuje się wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, polega na określeniu korzyści prokonkurencyjnych wynikających z tego porozumienia i ocenie, czy takie prokonkurencyjne skutki przeważają nad skutkami ograniczającymi konkurencję¹⁷. Ważenie ograniczających konkurencję i prokonkurencyjnych skutków danego porozumienia odbywa się wyłącznie w ramach określonych w art. 101 ust. 3¹⁸. W przypadku gdy skutki prokonkurencyjne nie przeważają nad ograniczeniem konkurencji, zgodnie z art. 101 ust. 2 porozumienie staje się nieważne z mocy prawa.
20. Art. 101 nie ma zastosowania, jeśli antykonkurencyjne zachowanie zostaje narzucone przedsiębiorstwom przez ustawodawstwo krajowe albo jeśli ustawodawstwo to tworzy ramy prawne, które eliminują wszelkie możliwości

¹⁵ Zob. np. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 36–58.

¹⁶ Art. 101 ust. 1 zakazuje występowania zarówno faktycznych, jak i potencjalnych skutków antykonkurencyjnych; zob. np. wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 77; wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 50.

¹⁷ Zob. wyrok z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 95.

¹⁸ Zob. wyrok z dnia 23 października 2003 r., Van den Bergh Foods/Komisja, T-65/98, ECR 2003 II-04653, EU:T:2003:281, pkt 107; wyrok z dnia 18 września 2001 r., Métropole télévision (M6) i in./Komisja, sprawa T-112/99, ECR 2001 II-02459, EU:T:2001:215, pkt 74; wyrok z dnia 2 maja 2006 r., O2/Komisja, T-328/03, ECR 2006 II-01231, EU:T:2006:116, pkt 69 i kolejne.

działania zgodnego z regułami konkurencji ze strony tych przedsiębiorstw¹⁹. W takich sytuacjach przedsiębiorstwa nie mogą podejmować samodzielnych działań, które mogą uniemożliwiać, ograniczać lub zakłócać konkurencję²⁰. Fakt, że organy publiczne zachęcają do zawierania horyzontalnych porozumień kooperacyjnych nie oznacza, że jest to dopuszczalne na podstawie art. 101²¹. Jeżeli prawo krajowe tylko zachęca przedsiębiorstwa do podjęcia samodzielnych zachowań antykonkurencyjnych lub ułatwia im to, przedsiębiorstwa podlegają w dalszym ciągu art. 101. W niektórych przypadkach organy publiczne zachęcają przedsiębiorstwa do zawierania horyzontalnych porozumień kooperacyjnych dla osiągnięcia celu związanego z danym obszarem polityki publicznej w drodze samoregulacji.

1.2.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

1.2.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji związane ze współpracą horyzontalną

21. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą prowadzić do uzyskania znaczących korzyści gospodarczych, w tym korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem, w szczególności jeżeli polegają na połączeniu uzupełniających się działalności, umiejętności lub aktywów. Współpraca horyzontalna może być sposobem na zmniejszenie ryzyka, oszczędność kosztów, zwiększenie inwestycji, gromadzenie *know-how*, poprawienie jakości i różnorodności produktów oraz szybsze wprowadzanie innowacji na rynek. Podobnie współpraca horyzontalna może być sposobem na eliminowanie niedoborów i zakłóceń w łańcuchach dostaw lub na ograniczanie zależności od niektórych produktów, usług i technologii.
22. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą jednak również ograniczać konkurencję na różne sposoby. Porozumienie może np. prowadzić do zaniku konkurencji na rynku właściwym, ryzyka zмовы między stronami lub może powodować problemy dotyczące antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.

1.2.3.2. Zanik konkurencji na rynku właściwym

23. Potencjalnym skutkiem horyzontalnych porozumień kooperacyjnych może być zanik konkurencji pomiędzy stronami porozumienia. Konkurenci mogą odnieść korzyści ze zmniejszenia presji konkurencyjnej, które jest wynikiem porozumienia, i w związku z tym mogą uznać, że podwyższenie cen jest opłacalne, lub wywierać niekorzystny wpływ na pozostałe czynniki konkurencji na rynku.
24. Dla oceny wpływu porozumienia na konkurencję istotne są następujące czynniki:
 - czy strony porozumienia mają duże udziały w rynku;
 - czy są one rzeczywistymi czy potencjalnymi konkurentami;
 - czy klienci mają wystarczające możliwości zmiany dostawców;
 - czy prawdopodobne jest, że konkurenci zwiększą dostawy w przypadku wzrostu cen; oraz

¹⁹ Zob. wyrok z dnia 14 października 2010 r., Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 80–81. Możliwość tę interpretowano wąsko; zob. np. wyrok z dnia 29 października 1980 r., Van Landewyck, sprawy połączone 209–215 i 218/78, EU:C:1980:248, pkt 130–134; wyrok z dnia 11 listopada 1997 r., Ladbroke Racing, C-359/95 P i C-379/95 P, EU:C:1997:531, pkt 33 i kolejne.

²⁰ Wyrok z dnia 9 września 2003 r., CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, pkt 54 i kolejne.

²¹ Zob. np. wyrok z dnia 13 grudnia 2006 r., FNCEB i in./Komisja (francuska wołowina), T-217/03 i T-245/03, EU:T:2006:391, pkt 92.

- czy jedna ze stron porozumienia ma dużą siłę konkurencyjną.

1.2.3.3. Ryzyko zмовы

25. Horyzontalne porozumienie kooperacyjne może również zmniejszyć niezależność stron w podejmowaniu decyzji i wskutek tego zwiększyć prawdopodobieństwo, że będą one koordynowały swoje zachowania w celu osiągnięcia zмовы. Może jednak również – w przypadku stron, które już wcześniej koordynowały swoje działania – ułatwić koordynację oraz uczynić ją stabilniejszą i wydajniejszą poprzez jej wzmocnienie albo umożliwienie stronom osiągnięcia jeszcze wyższych cen. Współpraca horyzontalna może np. prowadzić do ujawniania informacji strategicznych, co zwiększa prawdopodobieństwo koordynacji działań pomiędzy stronami w obszarze współpracy lub poza nim. Ponadto strony mogą osiągnąć wysoki stopień uwspólnienia kosztów (tj. części kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron), dzięki czemu strony mogą łatwiej koordynować ceny rynkowe i wielkość produkcji.
26. Dla oceny wpływu porozumienia na konkurencję istotne są następujące czynniki:
- czy strony porozumienia mają duże udziały w rynku;
 - czy są one rzeczywistymi czy potencjalnymi konkurentami;
 - czy cechy rynku sprzyjają koordynacji;
 - czy obszar współpracy odpowiada za znaczną część kosztów zmiennych stron na danym rynku oraz
 - czy strony łączą swoją działalność w obszarze współpracy w znacznym zakresie. Może to mieć miejsce na przykład w sytuacji, gdy strony wspólnie produkują lub nabywają ważny półprodukt lub też wspólnie produkują lub dystrybuują znaczną część całkowitej produkcji końcowego produktu.

1.2.3.4. Zamknięcie dostępu do rynku

27. Niektóre horyzontalne porozumienia kooperacyjne, na przykład porozumienia produkcyjne i standaryzacyjne, mogą także powodować powstanie problemu dotyczącego antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Za sprawą antykonkurencyjnych środków konkurenci będą mieli utrudnioną skuteczną konkurencję, na przykład na skutek odmówienia im dostępu do istotnych składników lub blokowania istotnej drogi dostępu do rynku. Wymiana szczególnie chronionych informacji lub danych handlowych może również powodować, że konkurenci nieuczestniczący w tej wymianie znajdują się w znacznie gorszym położeniu konkurencyjnym niż przedsiębiorstwa, które w wymianie uczestniczą.

1.2.4. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

28. Pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji²². W takich przypadkach badanie rzeczywistego lub potencjalnego wpływu takiego zachowania na rynek nie jest konieczne, jeżeli stwierdzono istnienie jego antykonkurencyjnego celu²³.

²² Zob. np. wyrok z dnia 11 września 2014 r., CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 49–50.

²³ Zob. np. wyrok z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 55; wyrok z dnia 20 listopada 2008 r., BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 16; wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08,

29. Dla stwierdzenia antykonkurencyjnego celu horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego wystarczy, aby mogło ono *potencjalnie* oddziaływać negatywnie na konkurencję. Innymi słowy musi ono być po prostu w stanie w danym przypadku, biorąc od uwagę kontekst prawny i gospodarczy, w który się wpisuje, zapobiegać konkurencji w obrębie rynku wewnętrznego, ograniczać tę konkurencję lub ją zakłócać²⁴.
30. Aby stwierdzić antykonkurencyjny cel porozumienia, nie jest konieczne istnienie bezpośredniego związku między tym porozumieniem a cenami konsumpcyjnymi²⁵. Art. 101 ma na celu ochronę nie tylko bezpośrednich interesów poszczególnych konkurentów lub konsumentów, lecz również ochronę struktury rynku i w ten sposób – konkurencji jako takiej²⁶.
31. Pojęcie ograniczenia konkurencji „ze względu na cel” można zastosować do praktyk, w odniesieniu do których po indywidualnym i szczegółowym zbadaniu wykazano, że szkodzi konkurencji w wystarczającym stopniu²⁷.
32. Aby ocenić, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, uwzględnia się następujące elementy:
- treść porozumienia;
 - cele, których osiągnięciu ono służy;
 - kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się ono wpisuje.
33. Przy ustalaniu kontekstu prawnego i gospodarczego konieczne jest również uwzględnienie²⁸:
- charakteru towarów lub usług, których porozumienie dotyczy;
 - rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury danego rynku lub danych rynków²⁹.
34. Jeżeli strony zgłaszają możliwe skutki prokonkurencyjne porozumienia, które powinny być nie tylko udowodnione i istotne, ale także właściwe dla danego porozumienia i wystarczająco ważne, Komisja odpowiednio je uwzględni³⁰.
35. *Intencje* stron nie są czynnikiem niezbędnym do ustalenia, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, mogą one być jednak wzięte pod uwagę³¹.

EU:C:2009:343, pkt 29 i kolejne; wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 77.

²⁴ Wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 31.

²⁵ Jednym z parametrów konkurencji, oprócz takich parametrów jak produkcja, jakość produktu, różnorodność lub innowacyjność produktu, jest cena.

²⁶ Wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 38–39; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 125.

²⁷ Zob. wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Sun/Komisja, C-586/16 P, EU:C:2021:241, pkt 86.

²⁸ W przypadku porozumień, w odniesieniu do których Trybunał Sprawiedliwości orzekł już, że stanowią szczególnie poważne naruszenie reguł konkurencji, analiza kontekstu prawnego i gospodarczego może ograniczyć się do tego, co jest ściśle konieczne w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel, zob. wyrok z dnia 20 stycznia 2016 r., Toshiba, C-373/14 P, EU:C:2016:26, pkt 29.

²⁹ Zob. więcej wyrok z dnia 11 września 2014 r. CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 53; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 117 oraz wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Budapest Bank i in., C-228/18, EU:C:2020:265, pkt 51.

³⁰ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 103–107.

1.2.5. Skutki ograniczające konkurencję

36. Horyzontalne porozumienie kooperacyjne, które samo w sobie nie wykazuje dostatecznego stopnia szkodliwości dla konkurencji, może jednak mieć skutki ograniczające konkurencję. Aby można było uznać, że horyzontalne porozumienie kooperacyjne ma skutki ograniczające konkurencję, musi ono mieć znaczący, faktyczny lub prawdopodobny, negatywny wpływ na co najmniej jeden z parametrów konkurencji na rynku, takich jak cena, produkcja, jakość produktu, różnorodność lub innowacyjność produktu. Aby ustalić, czy ma to miejsce w danym przypadku, należy zbadać, jak wyglądałaby konkurencja w rzeczywistym kontekście, w jakim pojawiłaby się, gdyby nie istniało dane porozumienie³². Porozumienia mogą mieć skutki ograniczające konkurencję poprzez znaczne zmniejszenie konkurencji między przedsiębiorstwami będącymi stronami danego porozumienia lub też między jedną ze stron a osobami trzecimi³³.
37. Aby ocenić, czy porozumienie ma skutki ograniczające konkurencję, uwzględnia się następujące istotne elementy:
- charakter i treść porozumienia;
 - konkretne ramy, w które współpraca się wpisuje, w szczególności kontekst gospodarczy i prawny, w jakim prowadzą działalność zainteresowane przedsiębiorstwa, charakter towarów lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury rozpatrywanego rynku lub rynków³⁴;
 - zakres, w jakim strony indywidualnie lub wspólnie posiadają lub uzyskują pewien poziom władzy rynkowej oraz stopień, w jakim porozumienie przyczynia się do powstania, utrzymania lub wzmocnienia tej władzy rynkowej lub też pozwala stronom na jej wykorzystywanie³⁵;
 - skutki ograniczające konkurencję mogą być rzeczywiste i potencjalne, ale w każdym przypadku muszą one być wystarczająco odczuwalne³⁶.
38. Przedsiębiorstwa zawierają niekiedy horyzontalne porozumienia kooperacyjne, ponieważ na podstawie obiektywnych czynników nie byłyby w stanie niezależnie zrealizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy, na przykład

³¹ Zob. np. wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in., C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 37; wyrok z dnia 11 września 2014 r. CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 54 oraz wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 118.

³² Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 118; wyrok z dnia 12 grudnia 2018 r., Krka/Komisja, T-684/14, EU:T:2018:918, pkt 315 oraz wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 166.

³³ Wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 88; wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 51.

³⁴ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 116 i cytowane tam orzecznictwo.

³⁵ Władza rynkowa jest to zdolność do opłacalnego utrzymywania cen powyżej poziomu konkurencyjnego przez pewien okres lub też opłacalnego utrzymywania produkcji pod względem ilości, jakości i różnorodności produktów lub innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez pewien okres. Poziom władzy rynkowej wymagany zazwyczaj do stwierdzenia naruszenia przepisów prawa na podstawie art. 101 ust. 1 jest niższy niż poziom władzy rynkowej wymagany do stwierdzenia dominacji na podstawie art. 102, gdzie konieczny jest znaczny poziom władzy rynkowej.

³⁶ Wyrok z dnia 11 września 2014 r. CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 52.

z powodu ograniczonych możliwości technicznych stron. Takie horyzontalne porozumienia kooperacyjne nie będą zazwyczaj powodować powstania skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, chyba że strony mogłyby zrealizować projekt przy mniej surowych ograniczeniach³⁷.

1.2.6. Ograniczenia dodatkowe

39. Horyzontalne porozumienie kooperacyjne, które jest zgodne z art. 101 ust. 1, wciąż może ograniczać autonomię handlową stron tego porozumienia. Takie tzw. „ograniczenie dodatkowe” może samo w sobie być również zgodne z art. 101 ust. 1, jeżeli jest ono obiektywnie niezbędne do celów wdrożenia horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego i proporcjonalne do jego celów³⁸. W takich przypadkach należy zbadać, czy realizacja porozumienia byłaby niemożliwa w przypadku braku danego ograniczenia³⁹. Fakt, że dana operacja lub działanie stają się po prostu trudniejsze do zrealizowania czy mniej korzystne w przypadku braku danego ograniczenia, nie sprawia, że ograniczenie ma charakter „obiektywnie konieczny” i jest zatem dodatkowe⁴⁰.

1.2.7. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

40. Ocena ograniczeń konkurencji ze względu na cel lub skutek przeprowadzana na podstawie art. 101 ust. 1 stanowi tylko jedną stronę analizy. Druga strona, która znajduje odzwierciedlenie w art. 101 ust. 3, to ocena prokonkurencyjnych skutków porozumień ograniczających konkurencję⁴¹. Jeżeli w indywidualnym przypadku udowodniono istnienie ograniczenia konkurencji ze względu na cel lub skutek w rozumieniu art. 101 ust. 1, dla celów obrony można powołać się na art. 101 ust. 3. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu⁴² ciężar dowodu spełnienia przesłanek art. 101 ust. 3 spoczywa na przedsiębiorstwie lub przedsiębiorstwach ubiegających się o skorzystanie z tego postanowienia. W związku z tym oparte na faktach argumenty oraz dowody przedstawione przez przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa muszą umożliwiać Komisji dojście do przekonania, że istnieje wystarczające prawdopodobieństwo, iż przedmiotowe porozumienie prowadzi do wystąpienia skutków prokonkurencyjnych⁴³.
41. Zastosowanie wyjątku przewidzianego w art. 101 ust. 3 wymaga łącznego spełnienia czterech warunków – dwóch pozytywnych i dwóch negatywnych:

³⁷ Zob. również pkt 18 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

³⁸ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89; wyrok z dnia 11 lipca 1985 r., Remia i in./Komisja, sprawa 42/84, EU:C:1985:327, pkt 19–20; wyrok z dnia 28 stycznia 1986 r., Pronuptia, sprawa 161/84, EU:C:1986:41, pkt 15–17; wyrok z dnia 15 grudnia 1994 r., DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, pkt 35 oraz wyrok z dnia 12 grudnia 1995 r., Oude Luttikhuis i in., C-399/93, EU:C:1995:434, pkt 12–15.

³⁹ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 91.

⁴⁰ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 91.

⁴¹ Ogólne podejście przy stosowaniu art. 101 ust. 3 przedstawiono w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

⁴² Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1.

⁴³ Zob. np. wyrok z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 93–95.

- porozumienie musi przyczyniać się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, tzn. prowadzić do przyrostu wydajności;
- ograniczenia muszą być niezbędne do osiągnięcia tych celów, tj. przyrostu wydajności;
- konsumenci muszą otrzymywać słuszną część zysku, który wynika z porozumienia, tj. przyrost wydajności, w tym przyrost wydajności jakościowej, osiągnięty w wyniku niezbędnych ograniczeń musi być w odpowiedni sposób przeniesiony na konsumentów, tak aby przynajmniej zrekompensować im skutki ograniczające wynikające z porozumienia. W związku z tym nie wystarczy osiągnięcie przyrostu wydajności tylko przez strony porozumienia. Na potrzeby niniejszych wytycznych pojęcie „konsumentów” obejmuje potencjalnych lub faktycznych klientów stron porozumienia⁴⁴; oraz
- porozumienie nie może dawać stronom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

42. Podstawą rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych jest art. 101 ust. 3. Oba rozporządzenia oparte są na założeniu, że połączenie uzupełniających się umiejętności lub aktywów może być źródłem znacznego przyrostu wydajności w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych i specjalizacyjnych. Może mieć to miejsce również w przypadku innych horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Analiza efektywności konkretnego porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3 jest wobec tego w znacznym stopniu kwestią zidentyfikowania uzupełniających się umiejętności i aktywów, które każda ze stron wnosi do porozumienia, oraz oceny, czy w związku z wynikającą z tego efektywnością spełnione są warunki art. 101 ust. 3.

Uzupełnianie się może wynikać z horyzontalnych porozumień kooperacyjnych na różne sposoby. Porozumienie badawczo-rozwojowe może skutkować połączeniem zróżnicowanych zdolności badawczych i uzupełniających się umiejętności i aktywów, które mogą prowadzić do opracowywania i wprowadzania na rynek nowych lub lepszych produktów i technologii, niż miałyby to miejsce w przypadku braku porozumienia. Inne horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą umożliwiać stronom połączenie sił w celu opracowywania, produkowania i wprowadzania na rynek produktów lub wspólnego nabywania produktów lub usług, których strony te mogą potrzebować w swojej działalności.

43. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne, które nie polegają na łączeniu uzupełniających się umiejętności lub aktywów, rzadziej prowadzą do powstania korzystnego dla konsumentów przyrostu wydajności. Porozumienia takie mogą ograniczać powielanie pewnych kosztów, na przykład dzięki wyeliminowaniu pewnych kosztów stałych. Uzyskanie korzyści przez konsumentów w wyniku oszczędności w zakresie kosztów stałych jest jednak mniej prawdopodobne niż w wyniku oszczędności w zakresie np. kosztów zmiennych lub krańcowych.

⁴⁴ Bardziej szczegółowe informacje na temat pojęcia konsumentów przedstawiono w pkt 84 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

1.2.8. *Horyzontalne porozumienia kooperacyjne, które zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1*

44. Porozumienia, które nie mogą w znaczący sposób wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi (brak wpływu na wymianę handlową) ani w znaczący sposób ograniczyć konkurencji (porozumienia o mniejszym znaczeniu) nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1⁴⁵. Komisja przedstawiła wskazówki dotyczące braku wpływu na wymianę handlową w wytycznych Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu (zwanym dalej „wytycznymi w sprawie wpływu na handel”)⁴⁶, a wskazówki dotyczące braku wpływu na porozumienia o mniejszym znaczeniu w zawiadomieniu Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwanym dalej „zawiadomieniem *de minimis*”)⁴⁷. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wytycznych w sprawie wpływu na handel i zawiadomienia *de minimis*, jak również dla wszystkich przyszłych wytycznych Komisji w tym zakresie.
45. W wytycznych w sprawie wpływu na handel określono zasady opracowane przez sądy unijne na potrzeby interpretacji pojęcia wpływu na handel oraz wskazano, kiedy jest mało prawdopodobne, aby porozumienia mogły mieć znaczący wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Wytyczne zawierają negatywne domniemanie wzruszalne, które ma zastosowanie do wszystkich porozumień w rozumieniu art. 101 ust. 1, niezależnie od charakteru ograniczeń zawartych w takich porozumieniach, a zatem ma zastosowanie również do porozumień zawierających najpoważniejsze ograniczenia konkurencji⁴⁸. Zgodnie z tym domniemanie horyzontalne porozumienia kooperacyjne nie mogą co do zasady w znaczący sposób wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi, jeżeli:
- całkowity udział stron w jakimkolwiek rynku właściwym w Unii, na który porozumienie ma wpływ, nie przekracza 5 % oraz
 - całkowity roczny obrót w Unii danych przedsiębiorstw dotyczący produktów objętych porozumieniem nie przekracza 40 mln EUR⁴⁹.
 - W przypadku porozumień dotyczących wspólnego nabywania produktów właściwy obrót stanowią dokonane przez strony łączne zakupy produktów objętych porozumieniem. Komisja może obalić to domniemanie tylko wówczas, kiedy analiza cech charakterystycznych porozumienia i warunków gospodarczych, w jakich zostało zawarte, wykaże sytuację przeciwną.
46. Zgodnie z zawiadomieniem *de minimis* horyzontalne porozumienia kooperacyjne zawarte między rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami nie ograniczają odczuwalnie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 10 % na żadnym z rynków właściwych,

⁴⁵ Zob. wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 16–17 i cytowane tam orzecznictwo.

⁴⁶ Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 81.

⁴⁷ Dz.U. C 291 z 30.8.2014, s. 1.

⁴⁸ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 50.

⁴⁹ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 52.

których dotyczy porozumienie⁵⁰. Ta zasada ogólna podlega dwóm wyjątkom. Po pierwsze, jeżeli chodzi o najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, art. 101 ust. 1 ma zastosowanie bez względu na udział stron w rynku⁵¹. Wynika to z faktu, że porozumienie mogące wpłynąć na handel między państwami członkowskimi i mające antykonkurencyjny cel może – z uwagi na swój charakter i bez względu na to, jakie są jego konkretne skutki – stanowić odczuwalne ograniczenie konkurencji⁵². Po drugie, próg udziału w rynku w wysokości 10 % obniżono do 5 %, w przypadku gdy na rynku właściwym konkurencja zostaje ograniczona przez skutki skumulowane równoległych sieci porozumień⁵³.

47. Ponadto nie przyjmuje się domniemania, że porozumienia horyzontalne zawarte przez przedsiębiorstwa, z których co najmniej jedno ma indywidualny udział w rynku przekraczający 10 %, automatycznie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Porozumienia takie mogą nadal nie mieć znaczącego wpływu na handel między państwami członkowskimi lub mogą nie stanowić odczuwalnego ograniczenia konkurencji⁵⁴. Porozumienia takie powinny być zatem oceniane w ich kontekście prawnym i ekonomicznym. Niniejsze wytyczne zawierają kryteria dotyczące indywidualnej oceny takich porozumień.

1.3. Związek z innymi wskazówkami i przepisami

48. Porozumienia zawierane między przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji, tzn. porozumienia wertykalne, są zasadniczo uregulowane w rozporządzeniu Komisji (UE) nr .../2022 z dnia XX kwietnia 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych⁵⁵ (zwanym dalej „rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień wertykalnych” lub „VBER”) oraz w komunikacie Komisji – zawiadomienie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (zwanym dalej „wytycznymi wertykalnymi”)⁵⁶. W zakresie, w jakim porozumienia wertykalne, np. porozumienia dystrybucyjne, są zawierane między konkurentami, wpływ danego porozumienia na rynek oraz potencjalne problemy w dziedzinie konkurencji mogą być jednak podobne do wpływu i problemów powodowanych przez porozumienia horyzontalne. Z tego względu porozumienia wertykalne między konkurentami objęto zakresem niniejszych wytycznych⁵⁷. Jeżeli zaistnieje potrzeba oceny takich porozumień także na podstawie VBER i wytycznych wertykalnych,

⁵⁰ Zawiadomienie *de minimis*, pkt 8.

⁵¹ Zob. wyrok z dnia 9 lipca 1969 r., *Völk/Vervaecke*, sprawa 5/69, EU:C:1969:35; wyrok z dnia 6 maja 1971 r., *Cadillon/Höss*, sprawa 1/71, EU:C:1971:47 oraz wyrok z dnia 28 kwietnia 1998 r., *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, C-306/96, EU:C:1998:173, pkt 16–17.

⁵² Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 37.

⁵³ Zawiadomienie *de minimis*, pkt 10.

⁵⁴ Zob. wyrok z dnia 8 czerwca 1995 r., *Langnese-Iglo/Komisja*, T-7/93, EU:T:1995:98, pkt 98.

⁵⁵ [...]

⁵⁶ [...]

⁵⁷ Nie ma to zastosowania w przypadkach, w których konkurenci zawierają porozumienie wertykalne o charakterze niewzajemnym i jeżeli: (i) dostawca jest producentem i dystrybutorem towarów, natomiast nabywca jest dystrybutorem, a nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na poziomie produkcji; lub (ii) dostawca świadczy usługi na kilku poziomach handlu, natomiast nabywca dostarcza swoje towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym poziomie handlu, na którym nabywa usługi będące przedmiotem porozumienia. Takie porozumienia ocenia się wyłącznie na podstawie VBER oraz wytycznych wertykalnych (zob. art. 2 ust. 4 VBER).

zostanie to wyraźnie wskazane w odpowiednim rozdziale niniejszych wytycznych. Jeżeli brak jest takiego odniesienia, do porozumień wertykalnych między konkurentami stosuje się jedynie niniejsze wytyczne.

49. W przypadku, gdy niniejsze wytyczne odnoszą się do rynku właściwego: obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji (zwane dalej „obwieszczeniem w sprawie definicji rynku”) może zawierać wskazówki dotyczące zasad, kryteriów i dowodów, z jakich korzysta Komisja przy rozważaniu zagadnień związanych z definicją rynku⁵⁸. Rynek właściwy do celów stosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych należy zatem zdefiniować na podstawie tych wskazówek oraz wszelkich przyszłych wskazówek dotyczących definicji rynków właściwych na potrzeby unijnego prawa konkurencji.
50. Chociaż w niniejszych wytycznych znajdują się odniesienia do karteli, ich celem nie jest udzielanie jakichkolwiek wskazówek na temat tego, co stanowi kartel, a co go nie stanowi w rozumieniu praktyki decyzyjnej Komisji oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.
51. Niniejsze wytyczne stosuje się do najbardziej powszechnych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, bez względu na poziom integracji, jaki jest ich skutkiem, z wyjątkiem operacji stanowiących koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁵⁹ (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw”), takich jak na przykład tworzenie wspólnych przedsiębiorców pełniących w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego (zwanym dalej „wspólnymi przedsiębiorcami o pełnym zakresie funkcji”)⁶⁰.
52. Niniejsze wytyczne nie mają zastosowania do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych producentów produktów rolnych, które odnoszą się do produkcji rolnej lub handlu produktami rolnymi i których celem jest stosowanie normy zrównoważonego rozwoju wyższej niż norma przewidziana w prawie Unii lub prawie krajowym, oraz które są wyłączone z zakresu stosowania art. 101 ust. 1 zgodnie z art. 210a rozporządzenia (UE) nr 1308/2013 ustanawiającego wspólną organizację rynków produktów rolnych⁶¹. Niniejsze wytyczne pozostają bez

⁵⁸ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

⁵⁹ Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1.

⁶⁰ Zob. art. 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Jednak oceniając, czy mamy do czynienia ze wspólnym przedsiębiorcą o pełnym zakresie funkcji, Komisja sprawdza, czy wspólny przedsiębiorca jest samodzielny w sensie operacyjnym. Nie oznacza to jeszcze, że taki wspólny przedsiębiorca jest niezależny od spółek dominujących, jeśli chodzi o podejmowanie strategicznych decyzji (zob. skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.U. C 95 z 16.4.2008, s. 1, pkt 91–109 („skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych”). Należy także przypomnieć, że jeśli utworzenie wspólnego przedsiębiorcy stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw ma na celu koordynację zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, lub nią skutkuje, koordynacja taka oceniana jest na podstawie art. 101 Traktatu (zob. art. 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw).

⁶¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007, Dz.U. L 347

uszczerbku dla wytycznych, które Komisja wyda zgodnie z art. 210a ust. 5 tego rozporządzenia. Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione producentów produktów rolnych, które odnoszą się do produkcji rolnej lub handlu produktami rolnymi i które nie spełniają warunków określonych w art. 210a, podlegają jednak art. 101 ust. 1.

53. Ocena na podstawie art. 101, przedstawiona w niniejszych wytycznych, pozostaje bez uszczerbku dla możliwości równoległego stosowania art. 102 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych⁶².
54. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wykładni, jakiej może dokonać Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do stosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych.
55. Niniejsze wytyczne zastępują wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych⁶³, opublikowane przez Komisję w 2011 r., i nie mają zastosowania w takim zakresie, w jakim stosuje się zasady sektorowe, jak ma to miejsce w przypadku niektórych porozumień dotyczących rolnictwa⁶⁴ lub transportu⁶⁵. Komisja będzie nadal monitorowała funkcjonowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych oraz niniejszych wytycznych w oparciu o informacje rynkowe pochodzące od zainteresowanych podmiotów i krajowych organów ochrony konkurencji, i może zmienić niniejsze wytyczne w związku z przyszłym rozwojem sytuacji i jej zmieniającą się oceną.

2. POROZUMIENIA BADAWCZO-ROZWOJOWE

2.1. Wprowadzenie

56. Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie wskazówek dotyczących zakresu porozumień badawczo-rozwojowych i oceny ich wpływu na konkurencję.
57. Porozumienia badawczo-rozwojowe są zróżnicowane pod względem formy i zakresu. Obejmują one porozumienia w sprawie outsourcingu niektórych działań w zakresie badań i rozwoju, porozumienia dotyczące wspólnego ulepszania

z 20.12.2013, s. 671, zmienione rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/2117 z dnia 2 grudnia 2021 r., Dz.U. L 435 z 6.12.2021, s. 262.

⁶² Zob. wyrok z dnia 10 lipca 1990 r., Tetra Pak I, T-51/89, ECR 1990 II-00309, EU:T:1990:41, pkt 25 i kolejne.

⁶³ Dz.U. C 11 z 14.1.2011, s. 1.

⁶⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1184/2006 z dnia 24 lipca 2006 r. dotyczące stosowania niektórych reguł konkurencji w odniesieniu do produkcji rolnej i handlu produktami rolnymi, Dz.U. L 214 z 4.8.2006, s. 7.

⁶⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 169/2009 z dnia 26 lutego 2009 r. w sprawie stosowania zasad konkurencji do transportu kolejowego, drogowego i żeglugi śródlądowej, Dz.U. L 61 z 5.3.2009, s. 1; rozporządzenie Rady (WE) nr 246/2009 z dnia 26 lutego 2009 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy kompaniami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz.U. L 79 z 25.3.2009, s. 1 oraz rozporządzenie Komisji (WE) nr 906/2009 z dnia 28 września 2009 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy przedsiębiorstwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz.U. L 256 z 29.9.2009, zmienione ostatnio rozporządzeniem Komisji (UE) 2020/436 z dnia 24 marca 2020 r., Dz.U. L 90 z 25.3.2020, s. 1; wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do sektora usług transportu morskiego, Dz.U. C 245 z 26.9.2008, s. 2.

istniejących technologii i współpracę dotyczącą badań, rozwoju i wprowadzania do obrotu całkowicie nowych produktów. Współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych może przybierać formę porozumienia kooperacyjnego lub wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa⁶⁶. Obejmuje ona również współpracę między konkurentami w ramach swobodniejszych form, takich jak współpraca techniczna w grupach roboczych.

58. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą być zawierane przez duże przedsiębiorstwa, MŚP⁶⁷, instytucje akademickie lub instytuty badawcze lub przez każdy z tych podmiotów w dowolnej kombinacji⁶⁸.
59. Współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych może mieć wpływ nie tylko na konkurencję na istniejących rynkach produktowych lub technologicznych, lecz także na konkurencję w dziedzinie innowacji.
60. Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i niniejszego rozdziału wytycznych „konkurencja w dziedzinie innowacji”⁶⁹ odnosi się do działań badawczo-rozwojowych dotyczących nowych produktów lub technologii, które tworzą swój własny nowy rynek⁷⁰, i do ośrodków badawczo-rozwojowych, tj. działań badawczo-rozwojowych ukierunkowanych głównie na konkretny cel wynikający z porozumienia badawczo-rozwojowego⁷¹. Konkretnego celu ośrodka badawczo-rozwojowego nie da się jeszcze zdefiniować jako produktu lub technologii, lub ma on znacznie szerszy zakres niż konkretny produkt lub konkretna technologia na danym rynku.
61. Ocenę porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 1 omówiono w sekcji 2.3 niniejszych wytycznych. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą być objęte zasadą „bezpiecznej przystani” ustanowioną rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych⁷². Wyłączenie grupowe opiera się na założeniu, że – w stopniu, w jakim porozumienia badawczo-rozwojowe mieszczą się w zakresie stosowania art. 101 ust. 1 i spełniają kryteria określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych – będą one zazwyczaj spełniały cztery warunki określone w art. 101 ust. 3. W sekcji 2.4 niniejszych wytycznych opisano porozumienia, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Warunki umożliwiające wyłączenie porozumień badawczo-rozwojowych wyjaśniono w sekcji 2.5 – Warunki uzyskania wyłączenia. Najpoważniejsze i wykluczone ograniczenia konkurencji

⁶⁶ Zob. pkt 51 („wspólni przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji”) i 13 („odpowiedzialność za naruszenie art. 101 ust. 1”) niniejszych wytycznych.

⁶⁷ Zgodnie z definicją zawartą w załączniku do zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw, Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 36.

⁶⁸ W tym przedsiębiorstwa typu start-up.

⁶⁹ Zob. rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, art. 1 ust. 1 pkt 18 w odniesieniu do stron porozumienia i art. 1 ust. 1 pkt 19 w odniesieniu do osób trzecich.

⁷⁰ Art. 1 ust. 1 ppkt 7 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁷¹ Art. 1 ust. 1 ppkt 8 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁷² Rozporządzenie Komisji (UE) nr [...] z dnia [...] grudnia 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych.

opisane w sekcji 2.6 niniejszych wytycznych mają na celu zapewnienie, aby wyłączenie określone w art. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych obejmowało wyłącznie porozumienia ograniczające konkurencję, w przypadku których można rozsądnie oczekiwać, że spełnią one warunki określone w art. 101 ust. 3.

62. „Bezpieczna przystań” ma zastosowanie tak długo, jak długo przywilej wyłączenia grupowego nie zostanie w danym przypadku wycofany przez Komisję lub organ ochrony konkurencji danego państwa członkowskiego („krajowy organ ochrony konkurencji”) na podstawie art. 29 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu⁷³ (sekcja 2.7 niniejszych wytycznych).
63. Jeżeli do porozumienia badawczo-rozwojowego nie stosuje się „bezpiecznej przystani” przewidzianej w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, należy zbadać, czy w danym przypadku porozumienie badawczo-rozwojowe objęte jest zakresem stosowania art. 101 ust. 1, a jeśli tak, to czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3 – kwestię tę opisano w sekcji 2.8 niniejszych wytycznych, w sekcji 2.9 określono natomiast właściwy czas oceny.

2.2. Rynki właściwe

64. Obwieszczenie w sprawie definicji rynku zawiera wskazówki dotyczące zasad, kryteriów i dowodów, z jakich korzysta Komisja przy rozważaniu zagadnień związanych z definicją rynku⁷⁴. Rynek właściwy do celów stosowania art. 101 do porozumień badawczo-rozwojowych należy zatem zdefiniować na podstawie wspomnianych wskazówek lub, w stosownych przypadkach, na podstawie wszelkich przyszłych wskazówek dotyczących definicji rynków właściwych na potrzeby unijnego prawa konkurencji.
65. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych właściwym rynkiem produktowym lub rynkiem technologii jest rynek produktów lub technologii, które mogą zostać ulepszone, zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami objętymi umową⁷⁵.

2.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

2.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

66. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą powodować różne problemy w zakresie konkurencji, w szczególności mogą bezpośrednio ograniczać konkurencję między stronami, prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia osobom trzecim dostępu do rynku lub prowadzić do zмовy na rynku.
67. Jeżeli współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych **bezpośrednio ogranicza konkurencję między stronami lub ułatwia zmovę na rynku**, może to prowadzić do wyższych cen, mniejszego wyboru dla konsumentów lub niższej jakości

⁷³ Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1.

⁷⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03).

⁷⁵ Art. 1 ust. 1 pkt 21 i art. 1 ust. 1 pkt 22 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

produktów lub technologii. Może to również prowadzić do ograniczenia i spowolnienia innowacji, co z kolei sprawi, że na rynek będą wchodziły gorsze produkty lub technologie lub będzie ich wchodziło mniej. Może to również sprawić, że produkty lub technologie będą docierały na rynek później, niż miałyby to miejsce w przypadku braku takiego porozumienia.

68. **Antykonkurencyjne zamknięcie osobom trzecim dostępu do rynku** może wystąpić w szczególności wówczas, gdy co najmniej jedna strona porozumienia badawczo-rozwojowego ma prawo do wyłącznego wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych, a co najmniej jedna strona posiada znaczący stopień władzy rynkowej.

2.3.2. *Ograniczenia konkurencji ze względu na cel*

69. Porozumienia dotyczące prac badawczo-rozwojowych ograniczają konkurencję ze względu na cel, jeżeli ich głównym celem nie są badania i rozwój, tylko służą one jako narzędzie udziału w kartelu lub narzędzie prowadzące do innego naruszenia ze względu na cel, o którym mowa w art. 101 ust. 1, takiego jak ustalanie cen, ograniczanie produkcji, podział rynku lub ograniczanie rozwoju technicznego.
70. Porozumienie badawczo-rozwojowe może ograniczać rozwój techniczny, gdy strony, zamiast współpracować w celu promowania postępów technicznych i gospodarczych, wykorzystują współpracę w zakresie prac badawczo-rozwojowych, aby: a) zapobiegać wchodzeniu na rynek produktów lub technologii lub opóźniać je, b) koordynować kwestie związane z cechami produktów lub technologii, które nie są objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym lub c) ograniczać potencjał wspólnie rozwijanego produktu lub wspólnie rozwijanej technologii, gdy indywidualnie wprowadzają taki produkt lub taką technologię na rynek.

2.3.3. *Skutki ograniczające konkurencję*

2.3.3.1. Wprowadzenie – porozumienia zasadniczo niepowodujące ograniczenia konkurencji

71. Wiele porozumień badawczo-rozwojowych nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, jeżeli zawierają je przedsiębiorstwa o uzupełniających się umiejętnościach, które nie byłyby inaczej w stanie prowadzić prac badawczo-rozwojowych samodzielnie.
72. Ponadto współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych między niekonkurującymi przedsiębiorstwami⁷⁶ zwykle nie powoduje horyzontalnych skutków ograniczających konkurencję.
73. Konkurencyjny stosunek między stronami należy analizować w kontekście wywierania wpływu na istniejące rynki⁷⁷ i w kontekście innowacji⁷⁸.
74. Jeśli na podstawie obiektywnych czynników strony nie byłyby w stanie niezależnie zrealizować niezbędnych prac badawczo-rozwojowych, porozumienie badawczo-rozwojowe nie spowoduje zazwyczaj powstania skutków ograniczających konkurencję. Strona może nie być w stanie niezależnie zrealizować prac badawczo-

⁷⁶ Definicja znajduje się w art. 1 ust. 1 pkt 20 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁷⁷ W kontekście rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zob. art. 1 ust. 1 pkt 17.

⁷⁸ W kontekście rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zob. art. 1 ust. 1 pkt 18.

rozwojowych np. z powodu ograniczonych możliwości technicznych lub ograniczonego dostępu do finansowania, pracowników z odpowiednimi umiejętnościami, technologii i innych zasobów.

75. Outsourcing uprzednio wewnętrznej działalności badawczo-rozwojowej stron jest szczególną formą współpracy badawczo-rozwojowej. W takim przypadku prace badawczo-rozwojowe są często prowadzone przez wyspecjalizowane przedsiębiorstwa, instytuty badawcze lub instytucje akademickie, których działalność nie obejmuje wykorzystywania wyników tych prac. Porozumienia takie są zwykle połączone z transferem *know-how* lub klauzulą o wyłączności w zakresie dostaw odnośnie do potencjalnych wyników. Z uwagi na komplementarny charakter stron uczestniczących we współpracy (np. w odniesieniu do ich umiejętności lub technologii) w tego rodzaju przypadkach porozumienia takie nie powodują zazwyczaj skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.
76. Współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych, która nie obejmuje wspólnego wykorzystywania potencjalnych wyników w drodze udzielania licencji, produkcji lub wprowadzania do obrotu, rzadko powoduje skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Takie porozumienia badawczo-rozwojowe mogą jednak wywoływać skutki antykonkurencyjne, np. jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe powoduje odczuwalne ograniczenie konkurencji na poziomie innowacji.

2.3.3.2. Władza rynkowa

77. Prawdopodobieństwo, że porozumienia badawczo-rozwojowe wywołają skutki ograniczające konkurencję istnieje tylko wówczas, gdy strony uczestniczące we współpracy w zakresie prac badawczo-rozwojowych mają władzę rynkową.
78. Nie istnieje żaden bezwzględny próg, powyżej którego można by uznać, że porozumienie badawczo-rozwojowe umożliwia uzyskanie lub utrzymanie władzy rynkowej i tym samym może wywoływać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Niemniej jednak porozumienia badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwami konkurującymi o istniejące produkty lub technologie są objęte wyłączeniem określonym w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych pod warunkiem, że ich łączny udział w rynku nie przekracza 25 % na właściwych rynkach produktowych i rynkach technologii i że spełnione są pozostałe warunki stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.
79. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje również porozumienia badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwami konkurującymi w dziedzinie innowacji. Porozumienia te są objęte wyłączeniem określonym w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, pod warunkiem że istnieją co najmniej trzy konkurujące działania badawczo-rozwojowe⁷⁹ poza

⁷⁹ W art. 1 ust. 1 pkt 19 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zdefiniowano konkurujące działanie badawczo-rozwojowe jako „działanie badawczo-rozwojowe, w które angażuje się osoba trzecia, sama lub w porozumieniu z innymi osobami trzecimi, lub w którym osoba trzecia byłaby w stanie zaangażować się niezależnie i prawdopodobnie by to zrobiła, i które dotyczy: a) badań i rozwoju w obszarze tych samych nowych produktów lub technologii, co produkty i technologie objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym, lub produktów i technologii, które prawdopodobnie można zastąpić; lub b) ośrodków badawczo-rozwojowych dążących do realizacji zasadniczo tych samych celów lub zadań, co cele i zadania objęte

działaniami stron porozumienia, porównywalne z tymi działaniami. Spełnione muszą być również pozostałe warunki stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Z zastrzeżeniem spełnienia tych warunków porozumienie między przedsiębiorstwami konkurującymi w dziedzinie innowacji⁸⁰ prawdopodobnie nie będzie miało skutków ograniczających na rynku wewnętrznym, biorąc pod uwagę, że strony prawdopodobnie nie będą w stanie w sposób opłacalny utrzymać innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez dłuższy okres.

80. Im silniejsza jest wspólna pozycja stron na istniejących rynkach lub im mniejsza jest liczba konkurujących działań badawczo-rozwojowych poza takimi działaniami stron i porównywalnych do takich działań stron, tym bardziej prawdopodobne jest, że porozumienie badawczo-rozwojowe może spowodować skutki ograniczające konkurencję⁸¹.

2.3.3.3. Prace badawczo-rozwojowe ukierunkowane na ulepszanie istniejących produktów lub technologii lub zastąpienie ich substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami

81. Jeżeli prace badawczo-rozwojowe są ukierunkowane na **ulepszanie** istniejących produktów lub technologii, potencjalne skutki dotyczą rynku(-ów) właściwego(-ych) dla tych istniejących produktów lub technologii. Wpływ na ceny, produkcję, jakość produktów, różnorodność produktów lub rozwój techniczny na istniejących rynkach jest jednak możliwy jedynie wówczas, gdy strony mają łącznie silną pozycję, wejście na rynek jest trudne i istnieją tylko nieliczni inni konkurenci. Ponadto jeżeli prace badawczo-rozwojowe dotyczą jedynie względnie niewielkiego wkładu w produkt końcowy, skutki w postaci zamknięcia dostępu do rynku w odniesieniu do takich produktów końcowych, jeżeli w ogóle występują, są bardzo ograniczone.
82. Jeżeli prace badawczo-rozwojowe są ukierunkowane na **zastąpienie istniejących produktów lub technologii substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami**, potencjalne skutki mogą dotyczyć spowolnienia rozwoju produktu lub technologii, które mają zastąpić istniejące. Dzieje się tak w szczególności, jeżeli strony mają władzę rynkową na istniejącym rynku produktowym lub rynku technologii i dodatkowo jako jedyne uczestniczą w pracach badawczo-rozwojowych dotyczących rozwoju produktu lub technologii mających zastąpić istniejący produkt lub istniejącą technologię. Podobny skutek może wystąpić, jeżeli ważny uczestnik istniejącego rynku współpracuje z o wiele mniejszym lub potencjalnym

porozumieniem badawczo-rozwojowym;. Takie osoby trzecie muszą być niezależne od stron porozumienia badawczo-rozwojowego.

⁸⁰ W art. 1 ust. 1 pkt 18 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zdefiniowano przedsiębiorstwo konkurujące pod względem innowacji jako „przedsiębiorstwo, które nie konkuruje w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii, i które niezależnie angażuje się, lub – gdyby porozumienie badawczo-rozwojowe nie istniało – mogłoby niezależnie zaangażować się i prawdopodobnie zaangażowałoby się w działania badawczo-rozwojowe, które dotyczą: a) badań i rozwoju w obszarze tych samych nowych produktów lub technologii, co produkty i technologie objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym, lub produktów i technologii, które prawdopodobnie można zastąpić; lub b) ośrodków badawczo-rozwojowych dążących do realizacji zasadniczo tych samych celów lub zadań, co cele i zadania objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym.

⁸¹ Pozostaje to bez uszczerbku dla analizy potencjalnego przyrostu wydajności, w tym występującego regularnie w publicznie współfinansowanej działalności badawczo-rozwojowej.

konkurentem, który ma właśnie się pojawić, wprowadzając do obrotu produkt lub technologię, który(-a) może zagrozić pozycji przedsiębiorstwa zasiedziałego.

83. Jeżeli strony włączają również do swojego porozumienia wspólne wykorzystywanie (np. na potrzeby produkcji lub dystrybucji) produktów lub technologii objętych umową, należy dokładniej zbadać wpływ takiego porozumienia na konkurencję. W szczególności jeżeli strony są silnymi konkurentami, istnieje większe prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających konkurencję w postaci wyższych cen lub zmniejszonej produkcji na istniejących rynkach. Jeżeli jednak wspólne wykorzystywanie polega jedynie na udzielaniu licencji osobom trzecim, wystąpienie skutków ograniczających, takich jak problemy związane z zamknięciem dostępu do rynku, jest mało prawdopodobne.
- 2.3.3.4. Ośrodki badawczo-rozwojowe i działania badawczo-rozwojowe ukierunkowane na produkt lub technologię tworzące nowy rynek
84. Działania badawczo-rozwojowe dotyczące badań i rozwoju związanych z nowymi produktami lub technologiami, a także ośrodki badawczo-rozwojowe ujęto na potrzeby niniejszego rozdziału w ramach pojęcia konkurencji w dziedzinie innowacji.
85. Nowy produkt lub nowa technologia nie służą jedynie ulepszeniu istniejących produktów lub technologii lub zastąpieniu ich substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami. Zapotrzebowanie na nowy produkt lub na nową technologię utworzy, jeżeli się one pojawią, nowy odrębny rynek.
86. Ośrodki badawczo-rozwojowe to działania badawczo-rozwojowe ukierunkowane przede wszystkim na szczególny cel. Konkretnego celu ośrodka badawczo-rozwojowego nie da się jeszcze zdefiniować jako produktu lub technologii, lub ma on znacznie szerzej zakrojony cel niż produkty lub technologie na danym rynku.
87. Istnieje niewielkie prawdopodobieństwo, aby takie działania badawczo-rozwojowe miały wpływ na ceny i produkcję na istniejących rynkach w momencie przeprowadzania oceny współpracy w zakresie prac badawczo-rozwojowych, gdyż działania badawczo-rozwojowego nie można jeszcze zdefiniować jako nastawionego na produkt lub technologię. Analiza będzie musiała zatem skupiać się na potencjalnych ograniczeniach konkurencji w dziedzinie innowacji, na przykład w zakresie jakości i różnorodności potencjalnych przyszłych produktów lub technologii lub tempa lub stopnia innowacji. Takie skutki ograniczające konkurencję mogą wystąpić, jeżeli co najmniej dwa spośród niewielu przedsiębiorstw zaangażowanych niezależnie (na przykład) w prace badawczo-rozwojowe dotyczące nowego produktu (w szczególności gdy są one na etapie, na którym są bliskie wprowadzenia nowego produktu do obrotu) rozpoczynają współpracę zamiast zajmować się rozwojem nowego produktu oddzielnie. Takie skutki są zwykle bezpośrednim wynikiem współpracy między stronami.
88. Innowacje może ograniczyć nawet porozumienie czysto badawczo-rozwojowe. Zasadniczo jest jednak mało prawdopodobne, aby współpraca badawczo-rozwojowa dotycząca nowych produktów lub technologii lub ośrodki badawczo-rozwojowe wywoływały skutki ograniczające konkurencję, chyba że istnieje tylko niewielka liczba konkurujących działań badawczo-rozwojowych poza działaniami stron współpracy badawczo-rozwojowej.

2.4. Porozumienia objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych

89. Przywilej wyłączenia ustanowiony w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje te porozumienia badawczo-rozwojowe, w przypadku których można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 101 ust. 3⁸².
90. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje swoim zakresem porozumienia badawczo-rozwojowe, które zostały zawarte przez co najmniej dwie strony i które odnoszą się do warunków, na jakich strony te⁸³:
- a) prowadzą wspólne prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową, które obejmują lub wykluczają wspólne wykorzystywanie wyników tych prac; lub
 - b) prowadzą opłacane prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową, które obejmują lub wykluczają wspólne wykorzystywanie wyników tych prac; lub
 - c) wspólnie wykorzystują wyniki prac badawczo-rozwojowych nad produktami lub technologiami objętymi umową prowadzonych zgodnie z wcześniejszym porozumieniem dotyczącym prowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych (jak zdefiniowano w lit. a) powyżej) między tymi samymi stronami; lub
 - d) wspólnie wykorzystują wyniki prac badawczo-rozwojowych nad produktami lub technologiami objętymi umową prowadzonych zgodnie z wcześniejszym porozumieniem dotyczącym prowadzenia opłacanych prac badawczo-rozwojowych (jak zdefiniowano w lit. b) powyżej) między tymi samymi stronami.
91. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych dokonano rozróżnienia między produktami objętymi umową a technologiami objętymi umową:
- a) „produkt objęty umową”⁸⁴ oznacza produkt⁸⁵ powstały w wyniku wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych bądź też wyprodukowany lub dostarczony w wyniku zastosowania technologii objętych umową. Obejmuje to

⁸² Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 upoważnia Komisję, zgodnie z art. 101 ust. 3, do grupowego wyłączenia w drodze rozporządzenia porozumień, których celem są prace badawczo-rozwojowe nad produktami, technologiami lub procesami, aż do etapu przemysłowego zastosowania oraz wykorzystywania ich wyników, włączając w to przepisy dotyczące praw własności intelektualnej.

⁸³ Art. 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁸⁴ Art. 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁸⁵ Do celów stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych „produkt” oznacza towar lub usługę, w tym zarówno towary lub usługi pośrednie, jak i towary lub usługi końcowe (art. 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych).

produkty uzyskane za pośrednictwem ośrodka badawczo-rozwojowego, jak również nowe produkty⁸⁶;

- b) „technologia objęta umową”⁸⁷ oznacza technologię lub proces powstałe w wyniku wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych. Obejmuje to technologie lub procesy uzyskane za pośrednictwem ośrodka badawczo-rozwojowego, jak również nowe technologie lub procesy.

92. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych pojęcie „prac badawczo-rozwojowych” oznacza działania mające na celu pozyskiwanie *know-how* dotyczącego istniejących lub nowych produktów, technologii lub procesów, prowadzenie analiz teoretycznych, systematycznych studiów lub doświadczeń, w tym produkcji eksperymentalnej, techniczne testowanie produktów lub procesów, zapewnianie koniecznego wyposażenia oraz uzyskiwanie praw własności intelektualnej w odniesieniu do wyników prac.

2.4.1. *Rozróżnienie między „wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi” a „opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi” i pojęcie „specjalizacji w kontekście prac badawczo-rozwojowych”*

93. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych dokonano rozróżnienia między „wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi” a „opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi”.

94. Jeżeli strony prowadzą **wspólne prace badawczo-rozwojowe**, mogą uzgodnić w swoim porozumieniu jeden z następujących sposobów prowadzenia działań badawczo-rozwojowych⁸⁸:

- a) prace badawczo-rozwojowe prowadzi wspólny zespół, wspólna organizacja lub wspólne przedsiębiorstwo;
- b) strony wspólnie powierzają działania badawczo-rozwojowe osobie trzeciej; lub
- c) strony dzielą działania między siebie na zasadzie „specjalizacji w kontekście prac badawczo-rozwojowych”. Oznacza to, że każda ze stron bierze udział w działaniach badawczo-rozwojowych i strony dzielą między siebie prace badawczo-rozwojowe w dowolny sposób, który uznają za najodpowiedniejszy. Nie obejmuje to opłacanych prac badawczo-rozwojowych⁸⁹.

95. **Opłacane prace badawczo-rozwojowe** oznaczają prace badawczo-rozwojowe prowadzone przez co najmniej jedną stronę, a finansowane przez co najmniej jedną

⁸⁶ Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych „nowy produkt lub nowa technologia” oznacza produkt, technologię lub proces, które jeszcze nie istnieją w momencie zawierania porozumienia badawczo-rozwojowego wchodzącego w zakres art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) lub b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, i które, jeżeli się pojawiają, stworzą swój własny nowy rynek, a nie ulepszą, zastąpią substytucyjnymi lub innymi istniejące produkty, technologie lub procesy (art. 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych).

⁸⁷ Art. 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁸⁸ Art. 1 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁸⁹ Art. 1 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

inną stronę, która sama nie prowadzi żadnych działań badawczo-rozwojowych (strona finansująca).

96. Rozróżnienie między wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi a opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi, jakiego dokonano w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, jest istotne do celów obliczania udziałów w rynku. W przypadku opłacanych prac badawczo-rozwojowych strony, do celów obliczenia łącznego udziału w rynku, będą również musiały uwzględnić porozumienia badawczo-rozwojowe zawarte przez stronę finansującą z osobami trzecimi w odniesieniu do tych samych produktów objętych umową lub technologii objętych umową – zob. sekcja 2.5.4.2 poniżej.

2.4.2. *Wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych i pojęcie specjalizacji w kontekście wspólnego wykorzystywania wyników*

97. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje swoim zakresem jednoznacznie porozumienia, które obejmują wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych. Porozumienia takie podlegają jednak przepisom szczegółowym.
98. **Pojęcie „wykorzystywania wyników”** jest raczej szerokie i obejmuje produkcję lub dystrybucję produktów objętych umową, zastosowanie technologii objętych umową, przeniesienie praw własności intelektualnej lub udzielenie na nie licencji bądź też udostępnienie *know-how* wymaganego do takiej produkcji lub takiego zastosowania⁹⁰.
99. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych może dotyczyć wyłącznie wyników, które:
- a) są niezbędne do produkcji produktów objętych umową lub zastosowania technologii objętych umową; oraz
 - b) są chronione prawami własności intelektualnej lub stanowią *know-how*.
100. Z drugiej strony oznacza to, że aby porozumienie badawczo-rozwojowe obejmujące wspólne wykorzystywanie wyników mogło podlegać wyłączeniu określone w art. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, jego zakres nie może dotyczyć wyników, które nie są chronione prawami własności intelektualnej lub *know-how* i które nie są niezbędne do produkcji produktów objętych umową lub zastosowania technologii objętych umową.
101. Wspólne wykorzystywanie wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych może mieć miejsce w kontekście **pierwotnego** porozumienia badawczo-rozwojowego albo w kontekście **kolejnego** porozumienia obejmującego wspólne wykorzystywanie wyników wcześniejszego porozumienia badawczo-rozwojowego między tymi samymi stronami⁹¹. Jeżeli strony zdecydują się na wspólne wykorzystywanie wyników wcześniejszego porozumienia badawczo-rozwojowego zgodnie z kolejnym porozumieniem badawczo-rozwojowym,

⁹⁰ Art. 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁹¹ Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. c) i d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

wcześniejsze porozumienie badawczo-rozwojowe musi również spełniać warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, aby kolejne porozumienie dotyczące wspólnego wykorzystywania wyników mogło zostać objęte wyłączeniem określonym w art. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

102. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewidziano **trzy różne sposoby** wspólnego wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych⁹²:

- a) po pierwsze, **strony mogą wspólnie** wykorzystywać wyniki, tworząc wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsięwzięcie;
- b) po drugie, strony mogą wspólnie powierzyć prace związane z wykorzystywaniem wyników osobie trzeciej;
- c) po trzecie, strony mogą podzielić prace między siebie na zasadzie **specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników**, co oznacza, że⁹³:
 - (i) strony dzielą między siebie poszczególne zadania, takie jak produkcja lub dystrybucja; lub
 - (ii) nakładają na siebie wzajemnie ograniczenia dotyczące wykorzystywania wyników, takie jak ograniczenia związane z niektórymi terytoriami, klientami lub obszarami wykorzystania; obejmuje to przypadek, w którym tylko jedna strona prowadzi produkcję i dystrybucję produktów objętych umową na podstawie licencji wyłącznej udzielonej przez pozostałe strony.

103. Praktyki stanowiące specjalizację w kontekście wykorzystywania wyników nie będą traktowane jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji⁹⁴. Ponadto, jeżeli strony są wyspecjalizowane w kontekście wykorzystywania wyników, mogą odpowiednio ograniczyć dostęp do wyników na potrzeby takiego wykorzystywania⁹⁵. Oznacza to, że porozumienie badawczo-rozwojowe może np. ograniczać prawa stron do wykorzystywania wyników w odniesieniu do niektórych terytoriów, klientów lub obszarów wykorzystania. Jeżeli strony uzgodnią, że każda z nich może prowadzić dystrybucję produktów objętych umową (a zatem strony nie zdecydowały się na model wspólnej dystrybucji ani nie uzgodniły, że jedynie strona produkująca produkty objęte umową może prowadzić ich dystrybucję), należy wymagać od stron odpowiedzialnych za produkcję produktów objętych umową na zasadzie specjalizacji, aby realizowały zamówienia na dostawy produktów objętych umową od pozostałych stron⁹⁶.

⁹² Art. 1 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

⁹³ Art. 1 ust. 1 pkt 14 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁹⁴ Zob. sekcja 2.6 poniżej dotycząca najpoważniejszych ograniczeń konkurencji oraz art. 8 ust. 3 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁹⁵ Art. 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁹⁶ Art. 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

104. Ponadto, jak wspomniano w sekcji 2.5.4 poniżej, jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe obejmuje wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych, wyłączenie na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ma zastosowanie: (i) przez czas trwania prac badawczo-rozwojowych; oraz (ii) przez dodatkowy okres siedmiu lat od pierwszego wprowadzenia produktów objętych umową lub technologii objętych umową do obrotu na rynku wewnętrznym⁹⁷.

2.4.3. *Przeniesienie praw własności intelektualnej lub udzielenie na nie licencji*

105. Wyłączenie określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ma zastosowanie również do porozumień, które obejmują postanowienia dotyczące przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia na nie licencji, pod warunkiem że postanowienia te nie stanowią głównego celu porozumienia badawczo-rozwojowego, tylko są bezpośrednio związane z realizacją takich porozumień i niezbędne do tej realizacji⁹⁸.
106. Wyłączenie to obejmuje przeniesienie praw lub udzielenie na nie licencji co najmniej jednej stronie lub podmiotowi, które zostały ustanowione przez strony w celu przeprowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych, opłacanych prac badawczo-rozwojowych lub wspólnego wykorzystywania wyników⁹⁹.
107. W takich przypadkach przeniesienie praw lub udzielenie na nie licencji będzie zatem podlegało przepisom rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, nie zaś przepisom rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących transferu technologii¹⁰⁰. W kontekście porozumień badawczo-rozwojowych strony mogą jednak również określić warunki udzielania licencji na wyniki prac badawczo-rozwojowych osobom trzecim. Takie umowy licencyjne nie są objęte przepisami rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, mogą być jednak objęte wyłączeniem grupowym określonym w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących transferu technologii, jeżeli spełnione są określone w nim warunki¹⁰¹.

2.5. **Warunki uzyskania wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych**

2.5.1. *Dostęp do ostatecznych wyników*

108. Pierwszym warunkiem korzystania z wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych

⁹⁷ Zob. również art. 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁹⁸ Art. 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁹⁹ Art. 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁰⁰ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii. Zob. również pkt 73 i 74 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień o transferze technologii, 2014/C 89/03 („wytyczne w sprawie transferu technologii”).

¹⁰¹ Wytyczne w sprawie transferu technologii, pkt 74.

jest pełen dostęp wszystkich stron do ostatecznych wyników prac badawczo-rozwojowych do dwóch celów¹⁰²:

- a) prowadzenia dalszych badań; oraz
- b) wykorzystania wyników prac badawczo-rozwojowych.

109. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych pełen dostęp do ostatecznych wyników prac badawczo-rozwojowych obejmuje również wszelkie wynikające z nich prawa własności intelektualnej i *know-how*. Dostępu takiego należy udzielić, gdy tylko wyniki prac badawczo-rozwojowych staną się dostępne¹⁰³.
110. W zależności od swoich zdolności i potrzeb handlowych udział, jaki strony wnoszą do swojej współpracy w zakresie prac badawczo-rozwojowych, może nie być równy. W związku z tym, aby odzwierciedlić różnice w wartości wkładu stron lub jego charakter i aby je zrekompensować, można zawrzeć w porozumieniu badawczo-rozwojowym stwierdzenie, że jedna strona ma zrekompensować innej stronie uzyskanie dostępu do wyników do celów prowadzenia dalszych badań lub do celów ich wykorzystywania. Rekompensata nie jest obowiązkowa, ale jeżeli przewidziano ją w porozumieniu badawczo-rozwojowym, nie może być ona na tyle wysoka, aby skutecznie utrudniać pełen dostęp do wyników.
111. Jeśli chodzi o kwalifikowania się do objęcia wyłączeniem na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, **nie można ograniczać** prawa dostępu do wyników prac badawczo-rozwojowych, jeżeli dostęp taki jest konieczny do prowadzenia **przyszłych badań**¹⁰⁴.
112. W określonych okolicznościach **można jednak ograniczyć dostęp do wyników do celów ich wykorzystywania**, a porozumienie badawczo-rozwojowe może wciąż korzystać z wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Dotyczy to przypadku porozumień badawczo-rozwojowych zawieranych z następującymi stronami, które mogą uzgodnić, że ograniczą korzystanie z wyników wyłącznie do celów dalszych badań (a zatem nie do celów wykorzystywania):
- a) instytuty badawcze;
 - b) instytucje akademickie; lub
 - c) przedsiębiorstwa, które wykonują prace badawczo-rozwojowe jako usługę komercyjną, nie uczestnicząc przy tym co do zasady w wykorzystywaniu ich wyników¹⁰⁵.
113. Ponadto dostęp do wyników do celów ich wykorzystywania może być również ograniczony, jeżeli strony ograniczą swoje prawa do wykorzystywania zgodnie

¹⁰² Art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁰³ Art. 3 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁰⁴ Art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych odnosi się wyłącznie do możliwości ograniczenia – w określonych okolicznościach – dostępu do celów wykorzystywania wyników, które to ograniczenie określono w art. 3 ust. 3 i 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁰⁵ Mogą to być np. MSP.

z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, szczególnie w przypadku gdy są specjalizują się one w kontekście wykorzystywania wyników¹⁰⁶. Oznacza to, że strony będą miały możliwość nałożenia na siebie wzajemnie ograniczeń dotyczących wykorzystywania wyników (takich jak ograniczenia związane z niektórymi terytoriami, klientami lub obszarami wykorzystania).

2.5.2. Dostęp do już istniejącego know-how

114. Drugi warunek korzystania z wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych odnosi się do dostępu do już istniejącego *know-how*. Warunek ten ma zastosowanie wyłącznie do porozumień badawczo-rozwojowych, w których wykluczono wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych, i ogranicza się do *know-how*, które jest niezbędne do wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych¹⁰⁷.
115. Porozumienia takie muszą zawierać postanowienie, że każdej ze stron należy udzielić dostępu do wszelkiego już istniejącego *know-how* pozostałych stron, jeżeli jest ono niezbędne do celów wykorzystywania wyników przez daną stronę. Nie oznacza to, że strony muszą włączyć w zakres porozumienia badawczo-rozwojowego cały swój już istniejący *know-how*. Będą one jednak musiały określić *know-how*, który jest niezbędny do wykorzystywania wyników. W porozumieniu badawczo-rozwojowym można określić, że strony zrekompensują sobie nawzajem udzielenie dostępu do swojego już istniejącego *know-how*. Rekompensata taka nie może jednak być na tyle wysoka, by skutecznie utrudniała taki dostęp¹⁰⁸.
116. Warunek udzielenia dostępu do istniejącego wcześniej *know-how* pozostaje bez uszczerbku dla warunku udzielenia pełnego dostępu do wyników prac badawczo-rozwojowych określonego w art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Oznacza to, że aby dane porozumienie badawczo-rozwojowe podlegało wyłączeniu, być może będzie musiało zawierać postanowienia dotyczące zarówno dostępu do już istniejącego *know-how*, jak i ostatecznych wyników prac badawczo-rozwojowych.

2.5.3. Warunki związane ze wspólnym wykorzystywaniem wyników

117. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zawiera dwa dodatkowe warunki dotyczące wspólnego wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych. Jak określono w sekcji 2.4.2, zakres wspólnego wykorzystywania wyników musi ograniczać się do wyników prac badawczo-rozwojowych, które są chronione prawami własności intelektualnej lub stanowią *know-how* i które są niezbędne do produkcji produktów objętych umową lub zastosowania technologii objętych umową.
118. Po drugie, jeżeli strony uzgodnią, że każda z nich może prowadzić dystrybucję produktów objętych umową (a zatem strony nie zdecydowały się na model wspólnej

¹⁰⁶ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 14 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w odniesieniu do definicji specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników i sekcja 2.4 niniejszych wytycznych.

¹⁰⁷ Zob. art. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych oraz sekcja 2.4.2 niniejszych wytycznych.

¹⁰⁸ Art. 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

dystrybucji ani nie uzgodniły, że jedynie strona produkująca produkty objęte umową może prowadzić ich dystrybucję), należy wymagać od stron odpowiedzialnych za produkcję produktów objętych umową na zasadzie specjalizacji, aby realizowały zamówienia na dostawy produktów objętych umową od pozostałych stron¹⁰⁹.

2.5.4. Progi, udziały w rynku i okres wyłączenia

119. Do celów stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu można co do zasady założyć, że poniżej określonego poziomu władzy rynkowej pozytywne skutki porozumień badawczo-rozwojowych będą większe niż ich negatywny wpływ na konkurencję¹¹⁰.

120. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych oparto się na dwóch wskaźnikach wykrywania tych porozumień badawczo-rozwojowych, które plasują się poniżej określonego poziomu władzy rynkowej: (i) próg udziału w rynku dotyczący przedsiębiorstw konkurujących w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii oraz (ii) próg dotyczący przedsiębiorstw konkurujących pod względem innowacji opierający się o istnienie minimalnej liczby konkurujących działań badawczo-rozwojowych (trzy działania poza działaniem prowadzonym przez strony porozumienia badawczo-rozwojowego).

2.5.4.1. Przedsiębiorstwa konkurujące w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii i przedsiębiorstwa konkurujące pod względem innowacji

121. W celu określenia relacji konkurencyjnych między stronami konieczne jest zbadanie, czy w przypadku braku porozumienia badawczo-rozwojowego strony mogłyby być przedsiębiorstwami konkurującymi¹¹¹.

122. Co do zasady porozumienia między przedsiębiorstwami konkurującymi w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii oraz porozumienia między przedsiębiorstwami konkurującymi pod względem innowacji stanowią większe ryzyko dla konkurencji niż porozumienia między przedsiębiorstwami, które ze sobą nie konkurują. Porozumienia między przedsiębiorstwami niekonkurującymi powodują tylko w nielicznych przypadkach horyzontalne skutki ograniczające konkurencję¹¹².

a) Przedsiębiorstwa konkurujące w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii

123. Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych „przedsiębiorstwo konkurujące w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii” oznacza rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta:

a) „rzeczywistego konkurenta” definiuje się jako przedsiębiorstwo, które dostarcza istniejący produkt lub istniejącą technologię, które na właściwym rynku geograficznym mogą zostać ulepszone, zastąpione substytucyjnym lub innym produktem lub technologią objętymi umową; natomiast:

¹⁰⁹ Art. 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹¹⁰ Motyw 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹¹¹ Zob. również sekcja 2.3 niniejszego rozdziału dotycząca oceny na podstawie art. 101 ust. 1.

¹¹² Wszelkie skutki wertykalne mogą wymagać oceny zgodnie z wytycznymi wertykalnymi.

- b) „potencjalnego konkurenta” definiuje się jako przedsiębiorstwo, co do którego można realnie, a nie tylko teoretycznie zakładać, że gdyby porozumienie badawczo-rozwojowe nie istniało, przedsiębiorstwo to zdecydowałoby się przeprowadzić, w terminie nie dłuższym niż trzy lata, konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść niezbędne koszty, aby dostarczyć produkt lub technologię, które na właściwym rynku geograficznym mogłyby zostać ulepszone, zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami lub innymi technologiami objętymi umową.
124. Kwestię potencjalnej konkurencji należy ocenić w sposób realistyczny. Na przykład nie można określać stron jako potencjalnych konkurentów tylko dlatego, że współpraca umożliwia im prowadzenie działalności badawczo-rozwojowej. Decydującą kwestią jest to, czy każda strona niezależnie posiada niezbędne środki, jeżeli chodzi o aktywa, *know-how* i inne zasoby¹¹³.
125. Porozumienia badawczo-rozwojowe objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych dotyczące istniejących produktów lub technologii mogą na przykład przybierać następujące formy:
- a) porozumienie badawczo-rozwojowe między dwoma przedsiębiorstwami, które dostarczają już istniejący produkt, który można ulepszyć, zastąpić substytucyjnym lub innym produktem powstałym w wyniku współpracy badawczo-rozwojowej (rzeczywiscie konkurenci);
 - b) porozumienie badawczo-rozwojowe między a) przedsiębiorstwem, które dostarcza już produkt, który można ulepszyć, zastąpić substytucyjnym lub innym produktem objętym umową (rzeczywisty konkurent) a b) przedsiębiorstwem prowadzącym prace badawczo-rozwojowe nad produktem, które byłoby skłonne do podjęcia dodatkowych koniecznych inwestycji, aby dostarczyć taki produkt, który można ulepszyć, zastąpić substytucyjnym lub innym produktem powstałym w wyniku współpracy badawczo-rozwojowej (produkt objęty umową) na właściwym rynku geograficznym (potencjalny konkurent).
- b) Przedsiębiorstwa konkurujące pod względem innowacji
126. Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przedsiębiorstwa konkurujące pod względem innowacji to przedsiębiorstwa, które nie konkurują w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii¹¹⁴ i które niezależnie angażują się lub – gdyby porozumienie badawczo-rozwojowe nie istniało – mogłyby niezależnie zaangażować się i prawdopodobnie zaangażowałyby się w działania badawczo-rozwojowe, które dotyczą:
- a) badań i rozwoju w obszarze tych samych nowych produktów lub technologii, co produkty i technologie objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym, lub produktów i technologii, które prawdopodobnie można zastąpić; lub
 - b) ośrodków badawczo-rozwojowych dążących do realizacji zasadniczo tych samych celów lub zadań, co cele i zadania objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym.

¹¹³ Zob. również sekcja 1.2.1 niniejszych wytycznych.

¹¹⁴ Zob. sekcja 2.5.4.1. lit. a) powyżej.

127. W odniesieniu do nowych produktów lub technologii, jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe dotyczy zarówno nowych produktów, jak i nowych technologii, strony oceniają, czy są przedsiębiorstwami konkurującymi zarówno w odniesieniu do technologii, jak i produktu, które mogą zostać opracowane.
128. Ocena prawdopodobnej możliwości zastąpienia nowych produktów lub technologii substytutami powinna skupiać się na tym, czy konsumenci, po wejściu tych produktów lub technologii do obrotu, mogą postrzegać takie nowe produkty lub technologie jako zamienne lub substytucyjne ze względu na ich cechy¹¹⁵, przewidywane ceny i zamierzone użycie.
129. Aby ośrodki badawczo-rozwojowe można było traktować jako konkurujące, muszą one dążyć do realizacji zasadniczo tych samych celów, co cele objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym. Należy to określić na podstawie wiarygodnych informacji dotyczących np. charakteru i zakresu działania badawczo-rozwojowego.
130. Porozumienia badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwami konkurującymi pod względem innowacji objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych mogą na przykład przybierać następujące formy:
- a) porozumienie badawczo-rozwojowe między a) przedsiębiorstwem rozwijającym nowy produkt a b) przedsiębiorstwem rozwijającym taki sam nowy produkt lub taki, który może zastąpić ten nowy produkt podobnym produktem substytucyjnym;
 - b) porozumienie badawczo-rozwojowe między a) przedsiębiorstwem rozwijającym nowy produkt a b) przedsiębiorstwem, które byłoby w stanie niezależnie uczestniczyć w pracach badawczo-rozwojowych nad takim samym nowym produktem lub produktem, który może zastąpić ten nowy produkt podobnym produktem substytucyjnym, i które to przedsiębiorstwo prawdopodobnie by w nich uczestniczyło (lecz jeszcze nie uczestniczy);
 - c) porozumienie badawczo-rozwojowe między a) przedsiębiorstwem uczestniczącym w działaniu badawczo-rozwojowym dotyczącym ośrodka badawczo-rozwojowego a b) przedsiębiorstwem uczestniczącym w ośrodku badawczo-rozwojowym mającym zasadniczo ten sam cel;
 - d) porozumienie badawczo-rozwojowe między a) przedsiębiorstwem uczestniczącym w ośrodku badawczo-rozwojowym a b) przedsiębiorstwem, które byłoby w stanie niezależnie uczestniczyć w ośrodku badawczo-rozwojowym mającym zasadniczo ten sam cel i które prawdopodobnie by w nim uczestniczyło (lecz jeszcze nie uczestniczy).
- c) Przedsiębiorstwa niekonkurujące
131. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zdefiniowano „przedsiębiorstwo niekonkurujące” jako przedsiębiorstwo, które nie konkuruje ani w zakresie istniejącego produktu lub technologii, ani pod względem innowacji. Strony porozumienia badawczo-rozwojowego uznano by za przedsiębiorstwa niekonkurujące w przypadku np. przedsiębiorstwa uczestniczącego w działaniach badawczo-rozwojowych dotyczących produktu, który można ulepszyć, zastąpić substytucyjnym lub innym

¹¹⁵ Może to również obejmować technologie leżące u podstaw produkcji nowych produktów.

produktem objętym umową, oraz przedsiębiorstwa prowadzącego badania w ramach ośrodka badawczo-rozwojowego.

2.5.4.2. Porozumienia między przedsiębiorstwami konkurującymi w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii

- a) Progi udziału w rynku w odniesieniu do przedsiębiorstw konkurujących w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii

132. Jeżeli co najmniej dwie strony porozumienia badawczo-rozwojowego są przedsiębiorstwami konkurującymi w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii, zastosowanie wyłączenia jest uzależnione od nieprzekroczenia progu udziału w rynku w wysokości 25 %, obliczonego w momencie zawarcia porozumienia badawczo-rozwojowego. W zależności od tego, czy porozumienie badawczo-rozwojowe obejmuje wspólne prace badawczo rozwojowe czy opłacane prace badawczo rozwojowe¹¹⁶ próg ten stosuje się w następujący sposób:

- a) w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych obejmujących **wspólne prace badawczo-rozwojowe** łączny udział stron porozumienia w rynku nie może przekraczać 25 % na właściwych rynkach produktowych i właściwych rynkach technologii¹¹⁷;
- b) w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych obejmujących **opłacane prace badawczo-rozwojowe** stosuje się ten sam próg udziału w rynku wynoszący 25 %, ale rozszerza się go nie tylko na samą stronę finansującą, lecz także na wszystkie strony, z którymi strona finansująca zawarła porozumienia badawczo-rozwojowe dotyczące tych samych produktów lub technologii objętych umową¹¹⁸.

133. Jeżeli strony **nie wykorzystują wspólnie** wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych, wyłączenie na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ma zastosowanie przez czas trwania prac badawczo-rozwojowych.

134. Jeżeli jednak strony **wykorzystują wspólnie** wyniki wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych, będą one nadal korzystały z wyłączenia przez siedem lat od momentu pierwszego wprowadzenia produktów lub technologii objętych umową do obrotu na rynku wewnętrznym¹¹⁹, jeżeli wymóg dotyczący progu udziału w rynku był spełniony (i) w momencie zawarcia porozumienia dotyczącego wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych obejmujących wspólne wykorzystywanie wyników¹²⁰ lub (ii) – w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych, na podstawie których strony prowadzą wspólne wykorzystywanie wyników

¹¹⁶ Zob. sekcja 2.4.1 dotycząca rozróżnienia między wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi a opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi. Zob. również art. 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹¹⁷ Art. 6 ust. 2 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹¹⁸ Art. 6 ust. 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Takie porozumienia badawczo-rozwojowe nie muszą wchodzić w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹¹⁹ Art. 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹²⁰ Zgodnie z definicją określoną w art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) ppkt (ii) oraz art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. b) ppkt (ii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

wcześniejszego porozumienia¹²¹ – w momencie zawarcia takiego wcześniejszego porozumienia¹²².

135. Po upływie siedmioletniego okresu, o którym mowa w art. 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, wyłączenie jest stosowane nadal dopóty, dopóki łączny udział stron w rynku nie przekroczy 25 % na rynkach, do których należą produkty lub technologie objęte umową. Oznacza to, że w danym momencie strony musiałyby dokonać oceny, do którego rynku należą produkt objęty umową lub technologie objęte umową, oraz czy ich łączny udział w rynku nie przekracza 25 %. Jeżeli po upływie siedmioletniego okresu łączny udział w rynku przekroczy 25 %, wyłączenie określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych jest stosowane nadal przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych po upływie roku, w którym próg został przekroczony po raz pierwszy¹²³.
- b) Obliczanie udziału w rynku w odniesieniu do rynków istniejącego produktu i istniejącej technologii
136. Na początku współpracy badawczo-rozwojowej dotyczącej istniejącego produktu lub istniejącej technologii punktem odniesienia jest istniejący rynek produktów lub technologii, które można ulepszyć, zastąpić substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami objętymi umową.
137. Jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe ma na celu **ulepszenie lub zastąpienie istniejących produktów lub technologii substytucyjnymi lub innymi** produktami lub technologiami, udziały w rynku można obliczyć w odniesieniu do istniejących produktów lub technologii, które zostaną ulepszone lub zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami. Jeżeli produkt lub technologia zastępujący(-a) istniejący produkt lub istniejącą technologię będzie bardzo inny, udziały w rynku odnoszące się do istniejących produktów lub technologii mogą być mniej wymowne, ale nadal można je zastosować jako wskaźnik zastępczy na potrzeby oceny pozycji rynkowej stron. Jeżeli wartości sprzedaży rynkowej nie są dostępne, obliczenie udziału w rynku można ewentualnie oprzeć na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, w tym na wydatkach na badania i rozwój¹²⁴.
138. Zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych udział w rynku należy obliczać na podstawie danych dotyczących poprzedniego roku kalendarzowego¹²⁵. W przypadku niektórych rynków konieczne może okazać się obliczenie udziałów w rynku na

¹²¹ Zgodnie z definicją określoną w art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. c) i d).

¹²² Jak wskazano powyżej w sekcji 2.4.2 niniejszych wytycznych, wcześniejsze porozumienie badawczo-rozwojowe w sprawie wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych również musi spełniać te warunki, aby mogło być objęte wyłączeniem na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹²³ Art. 6 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹²⁴ Art. 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹²⁵ W art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewidziano, że jeżeli poprzedni rok kalendarzowy nie jest reprezentatywny dla pozycji stron na rynku właściwym lub rynkach właściwych, udziały w rynku należy obliczyć na podstawie średniej wyciągniętej z danych na temat udziału stron w rynku odnoszących się do ostatnich trzech lat kalendarzowych.

podstawie średniej udziałów stron w rynku na przestrzeni ostatnich trzech lat kalendarzowych. Może to być istotne na przykład w przypadku rynków objętych obowiązkiem przetargu, na których udziały w rynku mogą ulec znaczącej zmianie (np. z poziomu 0 % do poziomu 100 %) w ujęciu rocznym, w zależności od tego, czy dana strona odniosła sukces w ramach procedury przetargowej czy też nie. Może to również być istotne w odniesieniu do rynków charakteryzujących się dużymi, nierównomiernymi zamówieniami, w przypadku których udział w rynku z poprzedniego roku kalendarzowego może nie być reprezentatywny, np. gdy w poprzednim roku kalendarzowym nie złożono żadnego dużego zamówienia. Inną sytuacją, w której konieczne może okazać się obliczenie udziałów w rynku na podstawie średniej wyciągniętej z udziałów stron na przestrzeni trzech ostatnich lat kalendarzowych, jest sytuacja, w której w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie umowy o współpracy doszło do wstrząsu podażowego lub popytowego.

139. Jeżeli chodzi o wskaźniki wykorzystywane do obliczania udziałów w rynku, rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych stanowi, że udziały w rynku należy obliczać na podstawie wartości sprzedaży rynkowej. Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży nie są dostępne, do ustalenia udziału stron w rynku można wykorzystać dane szacunkowe oparte na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, w tym na danych dotyczących wielkości sprzedaży rynkowej, wydatków na badania i rozwój lub zdolności badawczo-rozwojowych.
140. W przypadku rynków technologii jednym z możliwych sposobów postępowania jest obliczenie udziału w rynku na podstawie udziału każdej technologii w całkowitych dochodach z tytułu opłat licencyjnych, odzwierciedlającego udział technologii w rynku, na którym udziela się licencji na konkurencyjne technologie. Innym możliwym podejściem jest obliczenie udziału w rynku technologii na podstawie sprzedaży towarów lub usług, w których zastosowano licencjonowaną technologię, na rynkach produktowych niższego szczebla. Zgodnie z tym podejściem uwzględnia się całkowitą sprzedaż na właściwym rynku produktowym bez względu na to, czy zastosowana w produkcji technologia to ta, na którą udzielono licencji¹²⁶.
- 2.5.4.3. Porozumienia dotyczące nowych produktów lub technologii i ośrodków badawczo-rozwojowych¹²⁷
- a) Próg dotyczący nowych produktów lub technologii i ośrodków badawczo-rozwojowych
141. Jeżeli co najmniej dwiema stronami porozumienia badawczo-rozwojowego są przedsiębiorstwa konkurujące pod względem innowacji, wyłączenie ma zastosowanie, jeżeli w momencie zawarcia porozumienia badawczo-rozwojowego istnieją co najmniej trzy konkurujące działania badawczo-rozwojowe poza

¹²⁶ Zob. również wytyczne w sprawie transferu technologii w odniesieniu do istotnych elementów służących obliczaniu udziału w rynku na rynkach technologicznych.

¹²⁷ W art. 12 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych określono, że w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych między przedsiębiorstwami konkurującymi pod względem innowacji art. 1 ust. 1 pkt 18 i art. 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych stosuje się wyłącznie do porozumień, które wejdą w życie po 31 grudnia 2022 r.

działaniami badawczo-rozwojowymi stron porozumienia badawczo-rozwojowego i porównywalne z tymi działaniami¹²⁸.

142. Strony mogą również zdecydować o wspólnym wykorzystywaniu wyników powstałych w ramach porozumienia badawczo-rozwojowego między przedsiębiorstwami konkurującymi pod względem innowacji (produktu objętego umową lub technologii objętych umową). Fakt, czy porozumienie obejmuje takie wspólne wykorzystywanie wyników czy też nie, będzie miał wpływ na okres wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.
143. Jeżeli strony **nie wykorzystują wspólnie** wyników porozumienia w sprawie wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych, dotyczącego nowych produktów lub technologii, lub ośrodków badawczo-rozwojowych, a porozumienie spełnia warunki dotyczące wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, wyłączenie ma zastosowanie **przez czas trwania prac badawczo-rozwojowych**.
144. Jeżeli jednak strony **wykorzystują wspólnie** wyniki wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych dotyczących nowych produktów lub technologii, lub ośrodków badawczo-rozwojowych, będą one nadal korzystały z wyłączenia przez siedem lat od momentu pierwszego wprowadzenia powstałych produktów lub technologii objętych umową do obrotu na rynku wewnętrznym¹²⁹. Ma to zastosowanie, jeżeli porozumienie spełnia warunki uzyskania wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych¹³⁰: (i) w momencie zawarcia porozumienia dotyczącego wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych obejmujących wspólne wykorzystywanie wyników¹³¹ lub (ii) w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych, na podstawie których strony prowadzą wspólne wykorzystywanie wyników wcześniejszego porozumienia¹³² – w momencie zawarcia takiego wcześniejszego porozumienia¹³³.
145. Po upływie siedmioletniego okresu strony powinny być w stanie obliczyć swoje udziały w rynku powstałego produktu objętego umową lub rynku powstałej technologii objętej umową. Wyłączenie będzie zatem miało zastosowanie jeszcze tak

¹²⁸ Art. 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe dotyczy nowych produktów lub nowych technologii, wyłączenie ma zastosowanie, jeżeli w momencie zawarcia porozumienia badawczo-rozwojowego istnieją co najmniej trzy konkurujące działania badawczo-rozwojowe poza działaniami stron porozumienia badawczo-rozwojowego i porównywalne z tymi działaniami na poziomie technologicznym i na poziomie produktu.

¹²⁹ Art. 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹³⁰ Warunki wyłączenia opisano w tytule III rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, a obejmują one m.in. próg opisany w art. 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹³¹ Zgodnie z definicją określoną w art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) ppkt (ii) oraz art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. b) ppkt (ii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹³² Zgodnie z definicją określoną w art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. c) oraz art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

¹³³ Jak wskazano powyżej w sekcji 2.4.2 niniejszych wytycznych, wcześniejsze porozumienie badawczo-rozwojowe w sprawie wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych również musi spełniać te warunki, aby mogło zostać objęte wyłączeniem na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

długo, jak długo łączny udział stron w rynku nie przekroczy 25 % na rynkach, do których należą produkty lub technologie objęte umową¹³⁴. Jeżeli po upływie siedmioletniego okresu łączny udział w rynku przekroczy 25 %, wyłączenie określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych będzie stosowane nadal przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych po upływie roku, w którym próg został przekroczony po raz pierwszy¹³⁵.

b) Ocena istnienia konkurujących i porównywalnych działań badawczo-rozwojowych

146. Progiem umożliwiającym objęcie współpracy badawczo-rozwojowej dotyczącej innowacji wyłączeniem jest istnienie trzech **konkurujących i porównywalnych** działań badawczo-rozwojowych.

147. Z definicji konkurujących działań badawczo-rozwojowych zawartej w art. 1 ust. 1 pkt 19 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych¹³⁶ wynika, że przy określaniu **konkurujących działań badawczo-rozwojowych** należy wziąć pod uwagę następujące elementy:

a) czy działania badawczo-rozwojowe dotyczą prac badawczo-rozwojowych nad tymi samymi nowymi produktami lub technologiami co produkty lub technologie objęte zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego lub produktami lub technologiami mogącymi stanowić ich substytuty, lub ośrodkami badawczo-rozwojowymi mającymi zasadniczo ten sam cel co ośrodki badawczo-rozwojowe objęte zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego;

b) czy istnieją osoby trzecie, które uczestniczą już w działaniach badawczo-rozwojowych lub są w stanie i prawdopodobnie będą uczestniczyć niezależnie w takich działaniach oraz

c) czy takie osoby trzecie są niezależne od stron porozumienia badawczo-rozwojowego.

148. Po pierwsze, na pytanie czy **działania badawczo-rozwojowe dotyczą prac badawczo-rozwojowych nad tymi samymi nowymi produktami lub technologiami** co produkty lub technologie objęte zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego **lub produktami lub technologiami mogącymi stanowić ich substytuty**, lub ośrodkami badawczo-rozwojowymi mającymi **zasadniczo ten sam cel** co bieguny badawczo-rozwojowe objęte zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego, można odpowiedzieć w ten sam sposób, jak w przypadku oceny

¹³⁴ Art. 6 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹³⁵ Art. 6 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹³⁶ „konkurujące działanie badawczo-rozwojowe” oznacza działanie badawczo-rozwojowe, w które angażuje się osoba trzecia, sama lub w porozumieniu z innymi osobami trzecimi, lub w które osoba trzecia byłaby w stanie zaangażować się niezależnie i prawdopodobnie by to zrobiła, i które dotyczy: a) badań i rozwoju w obszarze tych samych nowych produktów lub technologii, co produkty i technologie objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym, lub produktów i technologii, które prawdopodobnie można zastąpić lub b) ośrodków badawczo-rozwojowych dążących do realizacji zasadniczo tych samych celów lub zadań, co cele i zadania objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym. Takie osoby trzecie muszą być niezależne od stron porozumienia badawczo-rozwojowego.

przedsiębiorstw konkurujących pod względem innowacji, określonej w sekcji 2.5.4.1 powyżej.

149. Po drugie, konkurujące działania badawczo-rozwojowe mogą być działaniami badawczo-rozwojowymi, w których **uczestniczą już osoby trzecie**, same lub we współpracy z innymi osobami trzecimi. Oznacza to, że działanie badawczo-rozwojowe może prowadzić indywidualnie jedna osoba trzecia albo wspólnie kilka różnych osób trzecich. Konkurujące działanie badawczo-rozwojowe może również odnosić się do działań, w których osoba trzecia **jest w stanie i prawdopodobnie będzie uczestniczyć indywidualnie**. To, czy osoba trzecia jest w stanie i prawdopodobnie będzie uczestniczyć indywidualnie w pracach badawczo-rozwojowych nad tymi samymi nowymi produktami lub technologiami co produkty lub technologie objęte zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego lub produktami lub technologiami mogącymi stanowić ich substytuty, lub ośrodkami badawczo-rozwojowymi mającymi zasadniczo ten sam cel co ośrodki badawczo-rozwojowe objęte zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego, można ustalić na podstawie dostępu osoby trzeciej do istotnych zasobów finansowych i ludzkich, jej własności intelektualnej, *know-how* lub innych specjalistycznych aktywów lub ich wcześniejszych działań badawczo-rozwojowych.
150. Po trzecie, celem pytania, czy działania badawczo-rozwojowe prowadzą **osoby trzecie, które są niezależne** od stron porozumienia badawczo-rozwojowego, jest uwzględnienie w ocenie wyłącznie takich działań badawczo-rozwojowych, w których nie uczestniczą strony porozumienia badawczo-rozwojowego.
151. W odniesieniu do **oceny porównywalności konkurujących działań badawczo-rozwojowych** z działaniami stron porozumienia badawczo-rozwojowego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych określono, że należy ją przeprowadzić na podstawie wiarygodnych informacji dotyczących takich elementów jak: (i) rozmiar, etap i harmonogram działań badawczo-rozwojowych, (ii) zasoby finansowe i ludzkie osób trzecich (dostęp do nich), ich własność intelektualna, *know-how* lub inne specjalistyczne aktywa, ich wcześniejsze działania badawczo-rozwojowe oraz (iii) zdolność osób trzecich do bezpośredniego lub pośredniego wykorzystania możliwych wyników ich działań badawczo-rozwojowych na rynku wewnętrznym i prawdopodobieństwo takiego wykorzystania¹³⁷.
152. Kryteria te należy stosować, kierując się w każdym przypadku indywidualnym podejściem, ważąc czynniki przemawiające za porównywalnością i przeciwko niej. Celem takiego ważenia jest ostateczne ustalenie, że konkurujące działania badawczo-rozwojowe wywierają presję konkurencyjną na strony porozumienia badawczo-rozwojowego.
153. Pierwszy zestaw elementów służących ocenie porównywalności **wiąże się z samymi działaniami badawczo-rozwojowymi**. Elementy te dotyczą rozmiaru, etapu i harmonogramu działania badawczo-rozwojowego. Oznacza to na przykład, że jeżeli konkurujące działania badawczo-rozwojowe osoby trzeciej są co najmniej tego samego lub podobnego rozmiaru lub są na podobnym lub bardziej zaawansowanym

¹³⁷ Art. 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. W odniesieniu do osób trzecich, które są w stanie i prawdopodobnie będą uczestniczyć w konkurujących działaniach badawczo-rozwojowych, do celów oceny porównywalności istotne będą tylko drugi i trzeci zestaw elementów.

etapie rozwoju w stosunku do prac badawczo-rozwojowych wchodzących w zakres porozumienia badawczo-rozwojowego, mogą one wywierać presję konkurencyjną, a to przemawiałoby za porównywalnością. Analogicznie, jeśli chodzi na przykład o harmonogram, działanie badawczo-rozwojowe osoby trzeciej podjęte po upływie sześciu do ośmiu lat od wejścia na rynek oraz działanie badawczo-rozwojowe stron porozumienia badawczo-rozwojowego podjęte po upływie roku od wejścia na rynek mogą nie być porównywalne.

154. Drugi zestaw elementów **wiąże się ze zdolnością osoby trzeciej (lub stron trzecich) do prowadzenia działania badawczo-rozwojowego**. Dotyczy to zasobów finansowych i ludzkich stron trzecich (dostępu do nich), ich własności intelektualnej, *know-how* lub innych specjalistycznych aktywów lub ich wcześniejszych działań badawczo-rozwojowych. Elementy te są istotne do celów ustalenia, czy zasoby i zdolności wspierające działania badawczo-rozwojowe osób trzecich są porównywalne, a zatem czy mogą mieć przynajmniej podobne tempo rozwoju i podobne wyniki i wywierać w ten sposób presję konkurencyjną. Na przykład działanie badawczo-rozwojowe osoby trzeciej może nie być porównywalne, jeżeli na jego potrzeby brakuje w znacznym stopniu zasobów finansowych i ludzkich, aby prowadzić podobne działania badawczo-rozwojowe. Podobnie wcześniejsze pozytywne doświadczenie osoby trzeciej w podobnych projektach badawczo-rozwojowych, jak projekt wchodzący w zakres porozumienia badawczo-rozwojowego przemawiałoby za porównywalnością. Ponadto w niektórych sektorach fakt, że osoba trzecia ma podobny dostęp do odpowiednich praw własności intelektualnej (np. patentów) lub odpowiedniego *know-how* lub posiada takie prawa lub taki *know-how*, może również przemawiać za porównywalnością.
155. Trzeci zestaw **elementów wiąże się z wykorzystywaniem wyników**. Odnosi się to do zdolności osób trzecich do wykorzystywania możliwych wyników działania badawczo-rozwojowego na rynku wewnętrznym (tj. zachęt do dalszego zaangażowania w celu wprowadzenia wyników na rynek) i prawdopodobieństwa takiego wykorzystywania przez te strony. Oznacza to na przykład, że działań badawczo-rozwojowych, które będą prawdopodobnie wykorzystywane wyłącznie poza UE bez perspektywy dotarcia do rynku wewnętrznego, nie można porównać do działań badawczo-rozwojowych objętych porozumieniem badawczo-rozwojowym, których wyniki zostaną wprowadzone do obrotu na rynku wewnętrznym.

2.5.4.4. Porozumienia między przedsiębiorstwami niekonkurującymi

156. Jeżeli strony porozumienia badawczo-rozwojowego są **przedsiębiorstwami niekonkurującymi**, nie podlegają one żadnemu progowi¹³⁸. Jeżeli strony **nie wykorzystują wspólnie** wyników prac badawczo-rozwojowych, porozumienie badawczo-rozwojowe jest objęte wyłączeniem przez cały czas trwania prac badawczo-rozwojowych.
157. Jeśli wyniki prac badawczo-rozwojowych są **wspólnie wykorzystywane**, wyłączenie stosuje się nadal przez siedem lat od momentu pierwszego wprowadzenia produktów lub technologii objętych umową do obrotu na rynku wewnętrznym.
158. Po upływie siedmioletniego okresu strony powinny być w stanie obliczyć swoje udziały w rynku powstałego produktu objętego umową lub rynku powstałej

¹³⁸ Art. 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

technologii objętej umową. Wyłączenie będzie miało zastosowanie tylko tak długo, jak długo łączny udział stron w rynku nie przekroczy 25 % na rynkach, do których należą produkty lub technologie objęte umową. W przypadku gdy po upływie siedmioletniego okresu łączny udział w rynku przekroczy na jednym z tych rynków 25 %, wyłączenie określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych będzie stosowane nadal przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych po upływie roku, w którym próg został przekroczony po raz pierwszy¹³⁹.

2.6. Najpoważniejsze i wykluczone ograniczenia konkurencji

2.6.1. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji

159. W art. 8 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zawarto wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Są to poważne ograniczenia konkurencji, których w większości przypadków należałoby zakazać ze względu na szkody, jakie wyrządzają rynkowi i konsumentom. Porozumienia badawczo-rozwojowe, które obejmują co najmniej jedno najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, są w całości wyłączone z zakresu wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

160. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji wymienione w art. 8 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych można podzielić na następujące kategorie: (i) ograniczenia swobody stron w prowadzeniu innych działań badawczo-rozwojowych; (ii) ograniczenia produkcji lub sprzedaży i ustalanie cen; (iii) ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej oraz (iv) inne najpoważniejsze ograniczenia konkurencji.

2.6.1.1. Ograniczenia swobody stron w prowadzeniu innych działań badawczo-rozwojowych

161. W art. 8 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wykluczono z możliwości objęcia wyłączeniem porozumienia badawczo-rozwojowe, które pociągają za sobą ograniczenia swobody stron w prowadzeniu prac badawczo-rozwojowych samodzielnie lub we współpracy z osobami trzecimi:

- a) w dziedzinie niezwiązanej z przedmiotem porozumienia badawczo-rozwojowego albo
- b) w dziedzinie, z którą wiąże się porozumienie badawczo-rozwojowe, lub w dziedzinie pokrewnej po zakończeniu prac badawczo-rozwojowych.

162. Innymi słowy strony porozumienia badawczo-rozwojowego muszą mieć zawsze swobodę prowadzenia działań badawczo-rozwojowych w dziedzinach niezwiązanych z dziedzinami objętymi zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego. Strony muszą mieć również, po zakończeniu prac badawczo-rozwojowych objętych zakresem porozumienia badawczo-rozwojowego, swobodę w prowadzeniu działań badawczo-rozwojowych w dziedzinie, z którą wiąże się porozumienie badawczo-rozwojowe, lub w dziedzinie pokrewnej. W innym przypadku porozumienie nie będzie mogło korzystać z wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹³⁹ Art. 6 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

2.6.1.2. Ograniczenie produkcji lub sprzedaży i ustalanie cen

163. W art. 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wykluczono z możliwości objęcia wyłączeniem porozumienia badawczo-rozwojowe, które pociągają za sobą ograniczenia produkcji lub sprzedaży. Gdy konkurenci uzgadniają, że ograniczą ilość, którą każdy z nich może wyprodukować lub sprzedać, stanowi to zazwyczaj poważne ograniczenie konkurencji. Ustalenia docelowych poziomów produkcji nie należy jednak traktować jako najpoważniejszego ograniczenia konkurencji, jeżeli wspólne wykorzystywanie wyników obejmuje wspólną produkcję produktów objętych umową¹⁴⁰. Podobnie nie należy traktować ustalenia docelowych poziomów sprzedaży jako najpoważniejszego ograniczenia konkurencji, jeżeli wspólne wykorzystywanie wyników obejmuje wspólną dystrybucję produktów objętych umową lub wspólne udzielanie licencji na technologie objęte umową i jest realizowane przez wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsiębiorstwo, lub osobę trzecią, której strony wspólnie powierzyły wykorzystywanie wyników¹⁴¹. Ma to również zastosowanie do praktyk stanowiących specjalizację w kontekście wykorzystywania wyników¹⁴² i niektórych zakazów konkurowania¹⁴³.
164. Zgodnie z art. 8 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ustalanie cen przy sprzedaży produktów lub ustalanie wysokości opłat licencyjnych przy udzielaniu osobom trzecim licencji na technologie również stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Ustalenia cen stosowanych wobec bezpośrednich klientów lub ustalania wysokości opłat licencyjnych pobieranych od bezpośrednich licencjobiorców nie należy jednak traktować jako najpoważniejszego ograniczenia konkurencji, jeżeli wspólne wykorzystywanie wyników obejmuje wspólną dystrybucję produktów objętych umową lub wspólne udzielanie licencji na technologie objęte umową i jest realizowane przez wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsiębiorstwo, lub osobę trzecią, której strony wspólnie powierzyły wykorzystywanie wyników.

2.6.1.3. Ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej

165. Art. 8 ust. 4, 5 i 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych odnoszą się do ograniczeń sprzedaży czynnej i biernej. W odniesieniu do porozumień badawczo-rozwojowych **sprzedaż bierną** zdefiniowano w art. 1 ust. 1 pkt 24 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych jako sprzedaż w odpowiedzi na spontaniczne zapytania ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę produktów klientowi lub klientom, niezainicjowaną przez aktywne ukierunkowanie na konkretnego klienta, konkretną grupę klientów lub konkretne terytorium; sprzedaż

¹⁴⁰ Art. 8 ust. 2 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁴¹ Art. 8 ust. 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁴² Art. 8 ust. 2 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. W odniesieniu do definicji specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników zob. art. 1 ust. 1 pkt 14 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i sekcja 2.4.2 niniejszych wytycznych.

¹⁴³ Art. 8 ust. 2 lit. d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

bierna obejmuje sprzedaż w wyniku udziału w zamówieniu publicznym lub przetargu prywatnym

166. Sprzedaż czynna odnosi się do wszelkich form sprzedaży innych niż sprzedaż bierna, w tym:

- a) aktywnego kierowania oferty do klientów w formie wizyt, pism, wiadomości e-mail, połączeń telefonicznych lub innych bezpośrednich form komunikacji lub poprzez ukierunkowaną reklamę lub promocję, *offline* lub *online*, na przykład za pośrednictwem mediów drukowanych lub cyfrowych, w tym mediów internetowych, porównywarek cenowych lub reklam w wyszukiwarkach internetowych ukierunkowanych na klientów na określonych terytoriach lub należących do konkretnych grup klientów;
- b) oferowania na stronie internetowej opcji językowych innych niż te, których powszechnie używa się na terytorium, na którym dystrybutor ma siedzibę;
- c) oferowania strony internetowej z nazwą domeny odpowiadającą innemu terytorium niż to, na którym dystrybutor ma siedzibę.

167. W art. 8 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wykluczono wyłączenie na podstawie tego rozporządzenia porozumień badawczo-rozwojowych zawierających ograniczenia sprzedaży biernej. Obejmuje to wszelkie ograniczenia sprzedaży biernej dotyczące a) terytorium, na którym strony mogą prowadzić sprzedaż bierną produktów objętych umową lub udzielać licencji na technologie objęte umową, lub b) klientów, wobec których mogą prowadzić taką sprzedaż lub którym mogą udzielać takiej licencji, z wyjątkiem wymogu udzielenia innej stronie licencji wyłącznej na wyniki. Powodem takiego wyjątku jest przyznanie stronom wyraźnej możliwości, aby tylko jedna strona prowadziła produkcję i dystrybucję produktów objętych umową na podstawie licencji wyłącznej udzielonej przez pozostałe strony¹⁴⁴.

168. W art. 8 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wykluczono wyłączenie na podstawie tego rozporządzenia porozumień badawczo-rozwojowych zawierających niektóre ograniczenia sprzedaży czynnej. Ma to miejsce w przypadku wymogu eliminującego lub ograniczającego czynną sprzedaż produktów lub technologii objętych umową na takich terytoriach lub takim klientom, których nie przydzielono na wyłączność jednej ze stron w ramach specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników.

169. Oznacza to, że nie należy ograniczać sprzedaży czynnej między stronami, chyba że strony przydzielą jednej z nich terytoria lub klientów według specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników¹⁴⁵.

2.6.1.4. Inne najpoważniejsze ograniczenia konkurencji

170. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych uwzględniono dwa dodatkowe najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Po pierwsze, jeżeli strony rozdzieliły między siebie

¹⁴⁴ Zgodnie z definicją specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników określoną w art. 1 ust. 1 pkt 14 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁴⁵ Zob. definicja specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników w art. 1 ust. 1 pkt 14 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

terytoria lub w inny sposób przydzieliły klientów w ramach specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników, wymaganie od jednej strony, aby odmawiała zaspokajania popytu ze strony klientów przydzielonych drugiej stronie, jeżeli klienci tacy wprowadziliby do obrotu produkty objęte umową lub udzielali licencji na technologie objęte umową na innych terytoriach w obrębie rynku wewnętrznego, stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji¹⁴⁶.

171. Po drugie, najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji jest również wymóg utrudniania użytkownikom lub odsprzedańcom uzyskiwania produktów objętych umową od innych odsprzedańców w obrębie rynku wewnętrznego¹⁴⁷.

2.6.2. Wykluczone ograniczenia

172. W art. 9 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wykluczono z możliwości objęcia wyłączeniem przewidzianym w tym rozporządzeniu niektóre zobowiązania zawarte w porozumieniach badawczo-rozwojowych. Są to zobowiązania, w przypadku których nie można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 101 ust. 3. W przeciwieństwie do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonych w art. 8 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wykluczone ograniczenia nie znoszą możliwości korzystania z wyłączenia grupowego w odniesieniu do całego porozumienia badawczo-rozwojowego. Sytuacja taka ma jednak miejsce tylko wówczas, gdy ograniczenie, o którym mowa, można oddzielić od pozostałej części porozumienia. Jeżeli dane ograniczenie da się oddzielić, pozostała część porozumienia nadal korzysta z przywileju wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.
173. Wykluczone ograniczenia podlegają indywidualnej ocenie na podstawie art. 101. Nie zakłada się, że wykluczone ograniczenia wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 lub nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3.
174. Pierwszym wykluczonym ograniczeniem jest zobowiązanie do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej przysługujących stronom na rynku wewnętrznym:
- a) po zakończeniu prac badawczo-rozwojowych – w odniesieniu do praw własności intelektualnej istotnych dla tych prac lub
 - b) po wygaśnięciu porozumienia badawczo-rozwojowego – w odniesieniu do praw własności intelektualnej chroniących wyniki prac badawczo-rozwojowych¹⁴⁸.
175. Powodem wykluczenia takich zobowiązań z możliwości korzystania z wyłączenia grupowego jest fakt, że nie należy powstrzymywać stron posiadających istotne informacje umożliwiające zidentyfikowanie prawa własności intelektualnej, które przyznano w sposób błędny, przed zakwestionowaniem ważności takiego prawa własności intelektualnej. W przypadku takiego ograniczenia nie można co do zasady

¹⁴⁶ Art. 8 ust. 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁴⁷ Art. 8 ust. 7 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

¹⁴⁸ Art. 9 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

założyć, że spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3, i strony będą zatem musiały dokonać własnej oceny takich ograniczeń. Postanowienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia badawczo-rozwojowego w przypadku, gdy jedna ze stron zakwestionuje ważność praw własności intelektualnej istotnych dla porozumienia badawczo-rozwojowego lub chroniących wyniki prac badawczo-rozwojowych, nie stanowią jednak wykluczonych ograniczeń.

176. Drugim wykluczonym ograniczeniem jest zobowiązanie do nieudzielania osobom trzecim licencji na produkowanie produktów objętych umową lub na stosowanie technologii objętych umową. Oznacza to, że strony powinny co do zasady mieć swobodę udzielania licencji osobom trzecim. Wyjątek stosuje się w przypadku, gdy porozumienia badawczo-rozwojowe przewidują wykorzystywanie wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych przez co najmniej jedną ze stron i wykorzystywanie takie ma miejsce na rynku wewnętrznym względem osób trzecich.

2.7. Wycofanie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych

177. Na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 Komisja może wycofać przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, jeżeli stwierdzi, że w konkretnym przypadku porozumienie badawczo-rozwojowe, do którego stosuje się wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, wywołuje jednak pewne skutki niezgodne z art. 101 ust. 3. Ponadto jeżeli w konkretnym przypadku porozumienie takie wywołuje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 na terytorium państwa członkowskiego lub jego części, które posiadają wszystkie cechy odrębnego rynku geograficznego, również krajowy organ ochrony konkurencji może wycofać przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w odniesieniu do tego terytorium na podstawie art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003. W art. 29 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 nie wymieniono sądów państw członkowskich, nie mają one w związku z tym uprawnień do wycofania przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, chyba że dany sąd jest wyznaczonym organem ochrony konkurencji państwa członkowskiego zgodnie z art. 35 rozporządzenia (WE) nr 1/2003.
178. Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji mogą wycofać przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w szczególności wówczas, gdy:
- a) istnienie porozumienia badawczo-rozwojowego istotnie ogranicza osobom trzecim zakres prowadzenia prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie lub dziedzinach produktów lub technologii objętych umową lub ośrodków badawczo-rozwojowych; może to wynikać na przykład z ograniczonych dostępnych zdolności badawczych;
 - b) istnienie porozumienia badawczo-rozwojowego istotnie ogranicza osobom trzecim dostęp do rynku produktów lub technologii objętych umową; może to wynikać na przykład ze szczególnej struktury dostaw;

- c) strony nie wykorzystują wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych względem osób trzecich bez żadnego obiektywnie uzasadnionego powodu;
 - d) produkty lub technologie objęte umową nie są na całym rynku wewnętrznym lub jego istotnej części przedmiotem skutecznej konkurencji ze strony produktów lub technologii uznawanych przez użytkowników za ekwiwalentne pod względem ich właściwości, ceny i zamierzonego wykorzystania.
179. Zgodnie z art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 Komisja może wycofać przywilej ustanowiony rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych z własnej inicjatywy lub na podstawie skargi. Obejmuje to możliwość zwrócenia się przez krajowe organy ochrony konkurencji do Komisji o wycofanie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w konkretnym przypadku, bez uszczerbku dla stosowania zasad przydzielania spraw i pomocy w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji¹⁴⁹ oraz bez uszczerbku dla ich własnych uprawnień do wycofania zgodnie z art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003. Jeżeli co najmniej trzy krajowe organy ochrony konkurencji zwrócą się do Komisji o zastosowanie w danym przypadku art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, Komisja omówi sprawę w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji w celu podjęcia decyzji o ewentualnym wycofaniu przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. W takim kontekście Komisja przyłoży najwyższą wagę do opinii krajowych organów ochrony konkurencji, które zwróciły się do Komisji o wycofanie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, aby w odpowiednim czasie stwierdzić, czy w danym przypadku spełnione są warunki wycofania.
180. Z art. 29 ust. 1 i 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 wynika, że Komisja posiada wyłączne kompetencje do wycofania przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w skali całej Unii, ponieważ może wycofać ten przywilej w odniesieniu do porozumień badawczo-rozwojowych ograniczających konkurencję na właściwym rynku geograficznym, który jest szerszy niż terytorium jednego państwa członkowskiego, podczas gdy krajowe organy ochrony konkurencji mogą wycofać przywilej przewidziany w rozporządzeniu jedynie w odniesieniu do terytorium swojego państwa członkowskiego.
181. Uprawnienia do wycofania przysługujące poszczególnym krajowym organom ochrony konkurencji dotyczą zatem przypadków, w których rynek właściwy obejmuje jedno państwo członkowskie lub region zlokalizowany wyłącznie w jednym państwie członkowskim lub jego części. W takim przypadku krajowy organ ochrony konkurencji posiada kompetencje do wycofania przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w odniesieniu do porozumienia badawczo-rozwojowego, które wywołuje na tym rynku krajowym lub regionalnym skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 Traktatu. Jest to równoległa kompetencja, ponieważ w art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 upoważniono również Komisję do

¹⁴⁹ Zob. rozdział IV rozporządzenia (WE) nr 1/2003.

wycofania przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w odniesieniu do rynku krajowego lub regionalnego, pod warunkiem że dane porozumienie badawczo-rozwojowe może wpłynąć na handel między państwami członkowskimi.

182. W przypadku dotyczącym kilku odrębnych rynków krajowych lub regionalnych kilka właściwych krajowych organów ochrony konkurencji może równolegle wycofać przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.
183. Z brzmienia art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 wynika, że w przypadku wycofania przez Komisję przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych spoczywa na niej ciężar udowodnienia, po pierwsze, że dane porozumienie badawczo-rozwojowe ma znaczące skutki antykonkurencyjne, co sprawia, że wchodzi ono w zakres stosowania art. 101 ust. 1 Traktatu. Po drugie, musi ona udowodnić, że porozumienie wywołuje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 Traktatu, co oznacza, że nie spełnia ono co najmniej jednego z czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3 Traktatu. Zgodnie z art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 te same wymogi stosuje się w przypadku, gdy krajowy organ ochrony konkurencji wycofuje przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych w odniesieniu do swojego państwa członkowskiego. W szczególności jeżeli chodzi o ciężar udowodnienia, że drugi wymóg jest spełniony, art. 29 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 wymaga, aby właściwy krajowy organ ochrony konkurencji uzasadnił, że co najmniej jeden z czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3 Traktatu nie jest spełniony¹⁵⁰.
184. Jeżeli spełnione są wymogi art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, Komisja może w indywidualnym przypadku wycofać przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Takie wycofanie i związane z nim wymogi określone w poprzednich punktach należy odróżnić od ustaleń zawartych w decyzji Komisji dotyczącej naruszenia, o której mowa w rozdziale III rozporządzenia (WE) nr 1/2003. Wycofanie może jednak zostać połączone – na przykład – ze stwierdzeniem naruszenia i nałożeniem środków zaradczych, a nawet z decyzjami tymczasowymi, jak miało to miejsce w poprzednich decyzjach Komisji¹⁵¹.

¹⁵⁰ Wymóg określony w art. 29 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 dotyczący ciężaru dowodu spoczywającego na właściwym krajowym organie ochrony konkurencji wynika z sytuacji, w której rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych nie ma zastosowania, a przedsiębiorstwo powołuje się w indywidualnym przypadku na art. 101 ust. 3. W takiej sytuacji to na przedsiębiorstwie spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, polegający na wykazaniu, że spełnione są wszystkie cztery warunki określone w art. 101 ust. 3. W tym celu przedsiębiorstwo musi uzasadnić swoje wnioski, zob. np. decyzja Komisji w sprawie AT.39226 Lundbeck, której zasadność potwierdzono w wyrokach z dnia 8 września 2016 r., Lundbeck/Komisja, T-472/13, EU:T:2016:449 i z dnia 25 marca 2021 r., Lundbeck/Komisja, sprawa C-591/16 P, EU:C:2021:243.

¹⁵¹ Komisja wykorzystała swoje uprawnienia do wycofania przywileju ustanowionego w ramach jednego z poprzednio obowiązujących rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych w decyzjach Komisji z dnia 25 marca 1992 r. (decyzje tymczasowe) i z dnia 23 grudnia 1992 r. dotyczących postępowania na podstawie art. 85 traktatu EWG w sprawie IV/34.072 – Mars/Langnese i Schöller, której zasadność potwierdzono wyrokiem z dnia 1 października 1998 r., Langnese-Iglo/Komisja, C-279/95 P, EU:C:1998:447 oraz w decyzjach Komisji z dnia 4 grudnia 1991 r. (decyzje tymczasowe) i z dnia 4

185. Jeżeli Komisja wycofa przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, musi ona wziąć pod uwagę, że wycofanie to może mieć jedynie skutki *ex nunc*, tj. wyłączony status danych porozumień pozostanie nienaruszony przez okres poprzedzający datę, z którą wycofanie staje się skuteczne. W przypadku wycofania na podstawie art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 odnośny krajowy organ ochrony konkurencji musi również uwzględnić swoje obowiązki wynikające z art. 11 ust. 4 rozporządzenia (WE) 1/2003, w szczególności obowiązki w zakresie przekazywania Komisji wszelkich stosownych przewidywanych decyzji.

2.8. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3 porozumień badawczo-rozwojowych, które nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych

186. Nie zakłada się, że porozumienia badawczo-rozwojowe, które nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, są objęte zakresem art. 101 ust. 1 ani że nie spełniałyby one warunków przewidzianych w art. 101 ust. 3. Takie porozumienia badawczo-rozwojowe wymagają indywidualnej oceny na podstawie art. 101.

187. Taka indywidualna ocena rozpoczyna się od ustalenia, czy dane porozumienie ograniczałoby konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1¹⁵². Jeżeli tak, przedsiębiorstwa musiałyby ocenić, czy porozumienie badawczo-rozwojowe spełnia warunki przewidziane w art. 101 ust. 3.

2.8.1. Przyrost wydajności

188. Wiele porozumień badawczo-rozwojowych – obejmujących wspólne wykorzystywanie potencjalnych wyników czy też nie uwzględniających takiej opcji – przyczynia się do przyrostu wydajności poprzez połączenie uzupełniających się umiejętności lub aktywów, prowadząc do powstania ulepszonych lub nowych produktów i technologii, które są opracowywane i wprowadzane do obrotu szybciej niż miałyby to miejsce w przypadku braku porozumienia. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą również prowadzić do lepszego rozpowszechnienia wiedzy, co z kolei może stymulować innowacyjność. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą także powodować obniżenie kosztów i przyczyniać się do zmniejszania zależności od zbyt ograniczonej liczby dostawców niektórych technologii, produktów i usług. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.

2.8.2. Niezbędność

189. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności powstającego w wyniku porozumień badawczo-rozwojowych, nie spełniają kryteriów art. 101 ust. 3. Mniejsze prawdopodobieństwo spełnienia kryterium niezbędności w ramach indywidualnej oceny występuje w szczególności w przypadku najpoważniejszych ograniczeń konkurencji wymienionych w art. 8

grudnia 1991 r. dotyczących postępowania na podstawie art. 85 traktatu EWG w sprawie IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

¹⁵² Zob. również sekcja 2.3 niniejszych wytycznych.

rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych¹⁵³.

2.8.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*

190. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie badawczo-rozwojowe. Na przykład korzyści wynikające z wprowadzania na rynek nowych lub ulepszonych produktów muszą przewyższać skutki ewentualnych podwyżek cen lub inne skutki ograniczające konkurencję.
191. Zasadniczo jest bardziej prawdopodobne, że porozumienie badawczo-rozwojowe przyczyni się do przyrostu wydajności przynoszącego korzyści konsumentom, jeżeli wynikiem porozumienia badawczo-rozwojowego jest połączenie uzupełniających się umiejętności i aktywów. Strony porozumienia mogą na przykład mieć odmienny potencjał badawczy.
192. Jeżeli umiejętności i aktywa stron są bardzo zbliżone, najważniejszym skutkiem porozumienia badawczo-rozwojowego może być eliminacja części lub całości prac badawczo-rozwojowych strony lub stron. Pozwoliłoby to na eliminację (stałych) kosztów stron porozumienia, jednak prawdopodobnie nie doprowadziłoby do powstania korzyści, które zostałyby przeniesione na konsumentów.
193. Ponadto im większa jest władza rynkowa stron, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo, że korzyści z przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

2.8.4. *Nieeliminowanie konkurencji*

194. Kryteria określone w art. 101 ust. 3 nie mogą zostać spełnione, jeżeli strony mają możliwość eliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów lub technologii.

2.9. **Czas przeprowadzania oceny**

195. Oceny porozumień ograniczających na podstawie art. 101 dokonuje się w ich rzeczywistym kontekście oraz na podstawie faktów istniejących w danym czasie. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany stanu faktycznego.
196. Wyjątek, o którym mowa w art. 101 ust. 3, stosuje się dopóty, dopóki spełnione są łącznie cztery warunki określone w art. 101 ust. 3, i przestaje się stosować, kiedy sytuacja ta ulegnie zmianie. Stosując łącznie cztery kryteria określone w art. 101 ust. 3, należy wziąć pod uwagę wartość początkowych utopionych inwestycji dokonanych przez którąkolwiek ze stron oraz czas i ograniczenia niezbędne do zaangażowania i odzyskania środków inwestycyjnych zwiększających wydajność. Artykułu 101 nie można stosować bez odpowiedniego uwzględnienia takich wcześniejszych inwestycji. Ryzyko ponoszone przez strony oraz wartość utopionych inwestycji, które należy zaangażować w celu realizacji porozumienia, mogą zatem sprawić, że porozumienie znajdzie się poza zakresem stosowania art. 101 ust. 1 lub, w zależności od danego przypadku, że będzie spełniało warunki określone w art. 101 ust. 3 przez okres wymagany do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych. Jeżeli wynalazek będący wynikiem inwestycji jest objęty jakąkolwiek formą

¹⁵³

Zob. również sekcja 2.6 niniejszych wytycznych dotycząca najpoważniejszych ograniczeń konkurencji.

wylączyłości przyznana stronom na podstawie przepisów szczególnych dotyczących ochrony praw własności intelektualnej, okres wymagany do odzyskania takiej inwestycji zasadniczo nie przekroczy okresu wylączyłości określonego na podstawie tych przepisów.

197. W niektórych przypadkach porozumienie ograniczające konkurencję ma charakter nieodwracalny. Po wdrożeniu takiego porozumienia odtworzenie pierwotnego stanu rzeczy jest niemożliwe. W takich przypadkach ocena musi być przeprowadzona wyłącznie na podstawie stanu faktycznego mającego miejsce w czasie jego wdrażania.
198. Na przykład w przypadku porozumienia badawczo-rozwojowego, w ramach którego każda strona zgadza się na porzucenie własnego projektu badawczego i połączenie swojego potencjału z potencjałem drugiej strony, powrót do porzuconego projektu może okazać się obiektywnie niemożliwy pod względem technicznym i ekonomicznym. Jeżeli w tym momencie porozumienie jest zgodne z art. 101, na przykład ze względu na istnienie wystarczającej liczby konkurencyjnych działań badawczo-rozwojowych prowadzonych przez osoby trzecie, porozumienie stron dotyczące porzucenia ich indywidualnych projektów pozostaje zgodne z art. 101 ust. 1, nawet jeżeli projekty osób trzecich zakończą się później niepowodzeniem.
199. Zakaz określony w art. 101 ust. 1 może jednak mieć zastosowanie do innych części porozumienia, których nie dotyczy problem nieodwracalności. Jeżeli na przykład w porozumieniu, oprócz wspólnych prac badawczo-rozwojowych, przewidziano wspólne wykorzystywanie wyników tych prac, art. 101 może mieć zastosowanie do tej części porozumienia, o ile w wyniku późniejszych zdarzeń rynkowych porozumienie wywoła skutki ograniczające konkurencję i przestanie spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3 przy należyтым uwzględnieniu utopionych wstępnych nakładów inwestycyjnych.

2.10. Przykład

200. Porozumienia badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwami konkurującymi pod względem innowacji

Przykład 1

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B poczyniły niezależnie znaczne inwestycje w badania i rozwój, aby opracować nowy zminiaturyzowany element elektroniczny, który nie ulepszy ani nie zastąpi istniejących elementów elektronicznych, a popyt na ten element, jeżeli on powstanie, stworzy nowy własny rynek. Przedsiębiorstwa A i B opracowały wstępne prototypy. Następnie przedsiębiorstwa te uzgodniły, że połączą swoje działania badawczo-rozwojowe poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, który dokończy prace badawczo-rozwojowe, koncentrując się tylko na jednym z dwóch działań badawczo-rozwojowych (część badawczo-rozwojowa porozumienia), i wyprodukuje nowy element (część porozumienia dotycząca wspólnego wykorzystywania wyników) oraz sprzeda z powrotem przedsiębiorstwom A i B, aby mogły one dokonać oddzielnej komercjalizacji nowego elementu („porozumienie badawczo-rozwojowe”).

Obecnie nie ma żadnych innych przedsiębiorstw, które opracowywałyby taki sam element elektroniczny lub element mogący stanowić jego substytut lub które byłyby w stanie uczestniczyć i prawdopodobnie uczestniczyłyby niezależnie w działaniach badawczo-rozwojowych w celu opracowania takiego samego elementu lub elementu mogącego stanowić jego substytut.

Analiza: Zminiaturyzowany element elektroniczny jest całkowicie nowym produktem i analiza powinna dotyczyć tego, czy porozumienie badawczo-rozwojowe ogranicza konkurencję na rynku wewnętrznym w rozumieniu art. 101 ust. 1. Ponadto należy ocenić, czy porozumienie badawczo-rozwojowe wchodzi w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

W momencie, w którym przedsiębiorstwa A i B zawierają porozumienie badawczo-rozwojowe, są one jedynymi dwoma przedsiębiorstwami, które uczestniczą (lub które są w stanie uczestniczyć i prawdopodobnie uczestniczyłyby) w działaniach badawczo-rozwojowych dotyczących tego nowego elementu. Każde z nich byłoby w stanie samodzielnie prowadzić prace badawczo-rozwojowe nad nowym elementem i wprowadzić nowy element do obrotu. Za sprawą wspólnego przedsiębiorcy przedsiębiorstwa A i B skoncentrują się teraz na jednym działaniu badawczo-rozwojowym zamiast uczestniczyć w dwóch oddzielnych działaniach. W związku z tym porozumienie badawczo-rozwojowe może mieć skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 wywołane przez ograniczenie liczby działań badawczo-rozwojowych i, co za tym idzie, liczby produktów, które mogą dotrzeć na rynek.

Jeżeli porozumienie doprowadzi do ograniczenia konkurencji, strony będą musiały ustalić, czy mogą skorzystać z wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Porozumienie badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwami A i B nie spełnia jednak warunków uzyskania wyłączenia. W szczególności nie spełnia ono wymogu dotyczącego progu odnoszącego się do porozumień między przedsiębiorstwami konkurującymi pod względem innowacji, gdyż nie istnieją żadne inne działania badawczo-rozwojowe (art. 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych). W związku z tym konieczne jest przeprowadzenie indywidualnej oceny w celu ustalenia, czy porozumienie badawczo-rozwojowe spełnia wymogi określone w art. 101 ust. 3.

Chociaż zgodnie z art. 101 ust. 3 porozumienie badawczo-rozwojowe potencjalnie mogłoby przyczynić się do przyrostu wydajności w formie szybszego wprowadzenia nowego produktu, wyeliminowałoby ono jedyną presję konkurencyjną stron na poziomie innowacji. W rezultacie prowadziłoby to prawdopodobnie do mniejszej innowacyjności i wyższych cen na rynku niższego szczebla. Istnieje prawdopodobieństwo, że w konsekwencji zawarcia porozumienia badawczo-rozwojowego rynek nowych zminiaturyzowanych elementów elektronicznych przekształciłby się w przyszłości w duopol. Duopol taki charakteryzowałby się wysokim stopniem ujednolicenia kosztów oraz wymianą szczególnie chronionych informacji handlowych między stronami, gdyż ich wspólny przedsiębiorca będzie prowadził produkcję dla wyłącznych sprzedawców nowego elementu, tj. przedsiębiorstw A i B. Może więc wystąpić również poważne ryzyko antykonkurencyjnej koordynacji prowadzącej do zмовy na tym nowym rynku. Chociaż niektóre z tych problemów można by rozwiązać, nakładając na strony wymóg licencjonowania osobom trzecim na rozsądnych warunkach *know-how* lub praw własności intelektualnej w zakresie wytwarzania nowych elementów, nie wydaje się prawdopodobne, aby rozwiązało to wszystkie problemy i spowodowało spełnienie warunków art. 101 ust. 3. W związku z tym jest mało prawdopodobne, by to porozumienie badawczo-rozwojowe zostało objęte wyłączeniem na podstawie art. 101 ust. 3.

201. Porozumienia badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwami konkurującymi w zakresie istniejącego produktu lub istniejącej technologii

Przykład 2

Sytuacja: Przedsiębiorstwo A posiada 51 % udziału w rynku obejmującym jego wyjątkowo dobrze sprzedający się lek (ang. *blockbuster medicine*). Małe przedsiębiorstwo – przedsiębiorstwo B – jest zaangażowane w prace badawczo-rozwojowe w sektorze farmaceutycznym: w produkcję farmaceutycznych składników czynnych („substancji czynnych”) i w produkcję leków generycznych. Przedsiębiorstwo B opracowało metodę wytwarzania umożliwiającą bardziej opłacalną produkcję substancji czynnej tego dobrze sprzedającego się leku przedsiębiorstwa A. Przedsiębiorstwo B złożyło zgłoszenie patentowe dotyczące tej metody wytwarzania (patent na metodę wytwarzania). Patent przedsiębiorstwa A na substancję czynną tego leku odnoszącego sukces na rynku wygasa za mniej niż trzy lata; jednak pewne metody wytwarzania tego leku pozostaną objęte ochroną patentową. Zdaniem przedsiębiorstwa B opracowana przez nie nowa, bardziej wydajna metoda wytwarzania nie narusza istniejących patentów na metodę wytwarzania przedsiębiorstwa A, a produkcja generycznej wersji leku odnoszącego sukces na rynku byłaby możliwa z chwilą wygaśnięcia patentu na substancję czynną przedsiębiorstwa A. Przedsiębiorstwo B mogłoby samo wytwarzać wspomniany produkt albo udzielić licencji na jego wytwarzanie zainteresowanym osobom trzecim, np. innym producentom leków generycznych lub przedsiębiorstwu A.

Przed zakończeniem prac badawczo-rozwojowych w tym zakresie przedsiębiorstwo B zawiera porozumienie z przedsiębiorstwem A, na mocy którego przedsiębiorstwo A wnosi wkład finansowy w projekt badawczo-rozwojowy realizowany przez przedsiębiorstwo B pod warunkiem nabycia wyłącznej licencji na każdy patent na metodę wytwarzania przedsiębiorstwa B związany z wytwarzaniem substancji czynnej odnoszącego sukcesy na rynku leku przedsiębiorstwa A.

Istnieją dwa inne niezależne działania badawczo-rozwojowe mające na celu opracowanie metody wytwarzania substancji czynnej przedmiotowego leku, która nie naruszałaby patentów przedsiębiorstw A lub B na metodę wytwarzania, jednak nie jest jeszcze jasne, czy osiągną one etap produkcji przemysłowej.

Analiza: Metoda objęta zgłoszeniem patentowym przedsiębiorstwa B jedynie usprawnia istniejący proces produkcji. Przedsiębiorstwo A prowadzi działalność na rynku istniejącej technologii (procesu produkcji), a także na rynku istniejącego produktu (jego wyjątkowo dobrze sprzedającego się leku). Przedsiębiorstwo B jest potencjalnym konkurentem na szczeblu technologicznym. Jeżeli przedsiębiorstwo B miałoby wykorzystywać patent na metodę wytwarzania, prawdopodobnie byłoby w stanie wejść na rynek produktowy np. z produktem generycznym. Przedsiębiorstwa A i B są zatem potencjalnymi konkurentami w zakresie rynku produktowego, którego część stanowi wyjątkowo dobrze sprzedający się lek. Porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, gdyż – przynajmniej w odniesieniu do rynku produktowego – przedsiębiorstwo A posiada powyżej 25 % udziału w rynku. Należy zatem przeprowadzić indywidualną ocenę.

Przedsiębiorstwo A posiada władzę rynkową na istniejącym rynku, na którym dostępny jest lek odnoszący sukces rynkowy. Ta władza rynkowa uległaby istotnemu zmniejszeniu z chwilą faktycznego wprowadzenia na rynek konkurentów generycznych, zaś licencja wyłączna patentu na metodę wytwarzania sprawia, że

metoda wytwarzania opracowana przez przedsiębiorstwo B jest niedostępna dla osób trzecich, co może skutkować opóźnieniem wprowadzenia na rynek leku generycznego (nie bez znaczenia pozostaje też fakt, że produkt jest nadal objęty kilkoma patentami dotyczącymi metody wytwarzania należącymi do przedsiębiorstwa A). Ponieważ nie ma jasności co do tego, czy dwa pozostałe działania badawczo-rozwojowe, w ramach których prowadzone są aktualnie prace nad alternatywną metodą, która nie stanowi naruszenia patentu na metodę wytwarzania przedsiębiorstwa A, osiągną etap produkcji przemysłowej, patent na metodę wytwarzania przedsiębiorstwa B jest jedyną wiarygodną drogą do wprowadzenia produktów generycznych, które byłyby konkurencyjne wobec odnoszącego sukcesy na rynku leku przedsiębiorstwa A. W związku z tym porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Oszczędności kosztów, jakie przedsiębiorstwo A może uzyskać w związku z nowym procesem produkcji, nie przewyższają w wystarczającym stopniu ewentualnych skutków ograniczenia konkurencji. Ponieważ na rynku produktowym nie ma innych konkurentów, takich jak producenci leków generycznych, jest mało prawdopodobne, aby oszczędności kosztów produkcji przeniesiono na konsumentów. Ponadto licencja wyłączna nie jest konieczna, aby uzyskać takie oszczędności. W związku z tym jest mało prawdopodobne, że porozumienie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

202. Partnerstwo badawcze

Przykład 3

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A, B i C to wiodące podmioty w dziedzinie technologii energii odnawialnej. Planują one ustanowienie partnerstwa badawczego, w ramach którego zdefiniują program prac badawczo-rozwojowych z długoterminową wspólną wizją dotyczącą rozwoju nowych technologii energii odnawialnej i ulepszenia istniejących już technologii, który to program byłby wdrażany w postaci serii odrębnych projektów badawczo-rozwojowych.

Program ten polegałby na współpracy badawczo-rozwojowej, a przedsiębiorstwa sformalizowałyby ją w postaci protokołu ustaleń, w którym określiłyby cele, zasady i warunki współpracy, w tym mechanizmy zarządzania i ustalenia dotyczące monitorowania. W protokole ustaleń przedsiębiorstwa ustanowiły zatem ramy współpracy, w których prowadzone będą konkretne projekty współpracy badawczo-rozwojowej wspierające uzgodniony program długoterminowy.

Analiza: Ten rodzaj partnerstwa badawczego może obejmować przedsiębiorstwa konkurujące w rozwoju albo wdrażaniu tych technologii, albo w obu tych obszarach. Jeżeli jednak charakter partnerstwa badawczego ogranicza się do ustanowienia szeroko zakrojonego programu, ten rodzaj współpracy raczej nie będzie problematyczny.

Ponadto jeżeli partnerstwo badawcze zajmuje się problemem, którym nie jest w stanie zająć się żadne pojedyncze przedsiębiorstwo, i wymaga mobilizacji licznych podmiotów, służyłoby ono ułatwianiu innowacji, które w innym razie nie miałyby miejsca, i stanowiłoby wkład w postęp techniczny i gospodarczy.

Chociaż jest mało prawdopodobne, aby takie partnerstwo badawcze spowodowało problemy w zakresie konkurencji, należałoby niezależnie przeanalizować poszczególne porozumienia kooperacyjne w zakresie prac badawczo-rozwojowych.

3. POROZUMIENIA PRODUKCYJNE

3.1. Wprowadzenie

203. Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie wskazówek dotyczących zakresu porozumień produkcyjnych i oceny ich wpływu na konkurencję, które to porozumienia wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 i: a) korzystają z przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych (sekcja 3.4) albo b) nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych i muszą podlegać ocenie na podstawie art. 101 ust. 1 i 3 (sekcja 3.5).
204. Porozumienia produkcyjne są zróżnicowane pod względem formy i zakresu. W ramach tych porozumień produkcja może być prowadzona przez tylko jedną ze stron lub przez dwie strony lub więcej stron. Przedsiębiorstwa mogą prowadzić produkcję wspólnie w ramach wspólnego przedsiębiorcy, tj. przedsiębiorstwa wspólnie kontrolowanego, które eksploatuje co najmniej jeden zakład produkcyjny, albo w ramach swobodniejszych form współpracy, takich jak porozumienia o podwykonawstwie.
205. Niniejsze wytyczne stosuje się do wszystkich rodzajów porozumień o wspólnej produkcji oraz horyzontalnych porozumień o podwykonawstwie¹⁵⁴.
206. Porozumienia o podwykonawstwie odnoszą się do porozumień, na mocy których jedna strona („wykonawca”) powierza drugiej stronie („podwykonawca”) wytwarzanie danego produktu. Horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie zawierane są przez przedsiębiorstwa działające na tym samym rynku produktowym, niezależnie od tego, czy są one rzeczywistymi czy potencjalnymi konkurentami. Horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie obejmują porozumienia o specjalizacji jednostronnej oraz wzajemnej, jak również inne horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie.
207. Porozumienia o specjalizacji jednostronnej to porozumienia między co najmniej dwiema stronami, które prowadzą działalność na tym samym rynku produktowym, na mocy których co najmniej jedna ze stron zgadza się na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji niektórych produktów lub wstrzymanie się od produkcji tych produktów oraz na nabywanie ich od drugiej strony lub od pozostałych stron, które zgadzają się na wytworzenie i dostarczenie tych produktów stronie lub stronom, które zaprzestają ich produkcji lub się od niej wstrzymują.
208. Porozumienia o specjalizacji wzajemnej to porozumienia między co najmniej dwiema stronami prowadzącymi działalność na tym samym rynku produktowym, na mocy których co najmniej dwie strony zgadzają się na zasadzie wzajemności na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji określonych, ale różnych, produktów lub na wstrzymanie się od produkcji tych produktów oraz na nabywanie tych

¹⁵⁴ Niniejsze wytyczne nie obejmują wertykalnych porozumień o podwykonawstwie. Wertykalne porozumienia o podwykonawstwie zawierane są przez przedsiębiorstwa działające na różnych poziomach rynku. Wchodzą one w zakres wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych oraz, z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków, mogą być objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych. Dodatkowo mogą one być objęte obwieszczeniem Komisji z dnia 18 grudnia 1978 r. dotyczącym jej oceny niektórych porozumień podwykonawczych w odniesieniu do art. 85 ust. 1 Traktatu EWG, Dz.U. C 1 z 3.1.1979, s. 2 („obwieszczenie w sprawie porozumień o podwykonawstwie”).

produktów od pozostałych stron, które zgadzają się na wytworzenie i dostarczenie tych produktów stronie lub stronom, które zaprzestają ich produkcji lub się od niej wstrzymują.

209. Niniejsze wytyczne mają również zastosowanie do innych horyzontalnych porozumień o podwykonawstwie. Obejmuje to porozumienia o podwykonawstwie mające na celu rozszerzenie produkcji, w ramach których wykonawca w tym samym czasie nie zaprzestaje ani nie ogranicza własnej produkcji tego produktu.

3.2. Rynki właściwe

210. Porozumienie produkcyjne będzie miało wpływ na rynki, których współpraca dotyczy bezpośrednio, tj. rynki, do których należą produkty wytwarzane na podstawie porozumienia produkcyjnego. Rynki te będą określane zgodnie z obwieszczeniem w sprawie definicji rynku¹⁵⁵. Porozumienie produkcyjne może również spowodować skutki uboczne na rynkach wyższego szczebla, niższego szczebla lub sąsiednich w stosunku do rynku, którego współpraca dotyczy bezpośrednio („rynki dotknięte skutkami ubocznymi”)¹⁵⁶. Rynki dotknięte skutkami ubocznymi mogą być rynkami właściwymi, jeżeli są one współzależne oraz jeżeli strony posiadają silną pozycję rynkową na rynku dotkniętym skutkami ubocznymi.

3.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

211. Ocena porozumienia specjalizacyjnego rozpoczyna się od ustalenia, czy porozumienie zawiera ograniczenia konkurencji wchodzące w zakres stosowania art. 101 ust. 1. W przypadku odpowiedzi twierdzącej:

- a) najpierw ocena będzie przede wszystkim dotyczyła kwestii, czy porozumienie specjalizacyjne może być objęte wyłączeniem wynikającym z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych;
- b) jeżeli porozumienie nie jest objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, konieczna będzie następnie indywidualna ocena porozumienia w celu ustalenia, czy porozumienie specjalizacyjne spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

3.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

212. Porozumienia produkcyjne mogą budzić różne obawy związane z konkurencją, takie jak:
- a) bezpośrednie ograniczenie konkurencji między stronami;
 - b) koordynacja konkurencyjnego zachowania stron jako dostawców lub
 - c) antykonkurencyjne zamknięcie osobom trzecim dostępu do rynku powiązanego.
213. Porozumienia produkcyjne mogą prowadzić do **bezpośredniego ograniczenia konkurencji między stronami**. Porozumienia produkcyjne, a w szczególności wspólni przedsiębiorcy zajmujący się produkcją¹⁵⁷, mogą prowadzić do

¹⁵⁵ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

¹⁵⁶ Art. 2 ust. 5 akapit pierwszy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1.

¹⁵⁷ Zob. pkt 51 („wspólni przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji”) i 13 („odpowiedzialność za naruszenie art. 101 ust. 1”) wytycznych.

bezpośredniego uzgadniania między stronami (i) poziomu produkcji, (ii) jakości, (iii) ceny, po której wspólny przedsiębiorca sprzedaje swoje produkty, lub (iv) innych parametrów ważnych z punktu widzenia konkurencji (np. innowacyjność, zrównoważoność). Może to prowadzić do ograniczenia konkurencji, nawet jeżeli strony sprzedają produkty niezależnie od siebie.

214. Wynikiem porozumień produkcyjnych może być również **koordynacja konkurencyjnego zachowania stron jako dostawców**, tj. **zmowa**, prowadząca do (i) wyższych cen, (ii) ograniczonej produkcji, (iii) obniżonej jakości produktów, (iv) ograniczonej różnorodności produktów lub (v) ograniczonej innowacyjności. Zjawisko to może wystąpić, pod warunkiem że:

- a) strony posiadają władzę rynkową oraz
- b) istnieją cechy rynku sprzyjające takiej koordynacji, w szczególności:
 - (i) jeżeli porozumienie produkcyjne zwiększa stopień uwspólnienia kosztów stron (tj. części kosztów zmiennych, które strony dzielą między sobą) do poziomu, który umożliwia im osiągnięcie zmony, lub
 - (ii) jeżeli porozumienie przewiduje wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych, która może prowadzić do zmony.

215. Porozumienia produkcyjne mogą ponadto prowadzić do **antykonkurencyjnego zamknięcia osobom trzecim dostępu do rynku powiązanego** (np. na rynku niższego szczebla opartego na produktach wyjściowych pochodzących z rynku, którego dotyczy porozumienie produkcyjne). Takie problemy w zakresie konkurencji mogą wystąpić niezależnie od tego, czy strony porozumienia są konkurentami na rynku, na którym odbywa się współpraca. Aby jednak takie zamknięcie dostępu miało skutki antykonkurencyjne, co najmniej jedna ze stron musi mieć silną pozycję rynkową na rynku, w odniesieniu do którego przeprowadza się ocenę ryzyka zamknięcia dostępu.

216. *Przykład.* Zdobywając wystarczającą władzę rynkową, strony angażujące się we wspólną produkcję na rynku wyższego szczebla mogą podnieść cenę kluczowych podzespołów (lub materiałów) dla rynku niższego szczebla. W ten sposób mogą wykorzystać wspólną produkcję do zwiększenia kosztów swoich rywali na rynku niższego szczebla, zmarginalizować ich i ostatecznie wyeliminować z rynku. To z kolei zwiększyłoby władzę rynkową stron na rynku niższego szczebla i pozwoliło im na utrzymanie cen powyżej konkurencyjnego poziomu lub inne działania szkodliwe dla konsumentów.

3.3.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

217. Zazwyczaj porozumienia, w ramach których dochodzi do a) ustalania cen, b) ograniczania produkcji lub c) podziału rynków lub klientów, ograniczają konkurencję ze względu na cel.

218. Sytuacja taka nie występuje jednak przy porozumieniach produkcyjnych, jeżeli:

- a) strony uzgadniają produkcję, której bezpośrednio dotyczy porozumienie produkcyjne (np. moce produkcyjne i wielkość produkcji wspólnego przedsiębiorcy lub ilość produktów podzlecanych), pod warunkiem że inne parametry konkurencji (np. ceny) nie są eliminowane, lub
- b) porozumienie produkcyjne, które przewiduje również wspólną dystrybucję wspólnie wytworzonych produktów, przewiduje wspólne ustalanie cen

sprzedaży tylko tychże produktów, pod warunkiem że ograniczenie to jest niezbędne dla wspólnej produkcji, co oznacza że w przeciwnym wypadku strony nie miałyby bodźca zachęcającego do zawierania porozumień produkcyjnych w ogóle.

219. W obu tych przypadkach porozumienia produkcyjne, które zawierają te ograniczenia, będzie należało ocenić w celu ustalenia, czy istnieje prawdopodobieństwo, że wywołają one skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Te ograniczenia i porozumienia produkcyjne nie będą oceniane oddzielnie, tylko w świetle ogólnych skutków całego porozumienia produkcyjnego dla rynku.

3.3.3. *Skutki ograniczające konkurencję*

220. To, czy w danej sprawie pojawiają się ewentualne problemy w zakresie konkurencji płynące z porozumień produkcyjnych, zależy od szeregu zmiennych. Zmienne te określają prawdopodobne skutki porozumienia produkcyjnego dla konkurencji, a tym samym możliwość zastosowania art. 101 ust. 1. Zmienne te obejmują:
- a) charakterystykę rynku, na którym porozumienie jest realizowane;
 - b) charakter współpracy;
 - c) zasięg rynkowy współpracy oraz
 - d) produkty, których dotyczy współpraca.
221. Prawdopodobieństwo, że porozumienie produkcyjne doprowadzi do ograniczenia konkurencji zależy od sytuacji, która miałaby miejsce w przypadku braku porozumienia i wszystkich domniemyanych ograniczeń.
222. Dla oceny wpływu porozumienia na konkurencję istotne są m. in. następujące czynniki: czy strony porozumienia są bliskimi konkurentami, czy ich klienci mają ograniczone możliwości zmiany dostawców, czy jest mało prawdopodobne, że konkurenci zwiększą dostawy, jeżeli ceny wzrosną, oraz czy jedna ze stron porozumienia ma dużą siłę konkurencyjną.
223. **Porozumienia produkcyjne, których elementem jest również wspólna funkcja komercjalizacyjna** (np. wspólna dystrybucja lub wspólne wprowadzanie do obrotu). Takie porozumienia są obciążone większym ryzykiem wywołania skutków ograniczających konkurencję niż czyste porozumienia o wspólnej produkcji. Wspólna komercjalizacja zbliża współpracę do poziomu konsumenta i obejmuje zwykle wspólne ustalanie cen i sprzedaży, tj. praktyki, które są obciążone największym ryzykiem dla konkurencji.
224. Prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencji przez porozumienia o wspólnej dystrybucji produktów, które zostały wspólnie wyprodukowane, jest jednak zasadniczo mniejsze, niż ma to miejsce w przypadku odrębnych porozumień o wspólnej dystrybucji.
225. Ponadto mniej prawdopodobne jest, że porozumienie o wspólnej dystrybucji konieczne do zawarcia porozumienia o wspólnej produkcji w ogóle będzie ograniczać konkurencję, niż w sytuacji, gdyby nie było ono konieczne do wspólnej produkcji.
226. **Porozumienia produkcyjne prawdopodobnie niemające skutków ograniczających.** Niektóre porozumienia produkcyjne prawdopodobnie nie będą miały skutków ograniczających.

227. Jest mało prawdopodobne, aby porozumienia produkcyjne pomiędzy przedsiębiorstwami konkurującymi na rynku, na którym odbywa się współpraca, wywierały skutki ograniczające konkurencję, jeżeli *porozumienie produkcyjne prowadzi do powstania nowego rynku*,¹⁵⁸ tj. jeżeli porozumienie umożliwia stronom wprowadzenie nowego produktu, którego na podstawie obiektywnych czynników strony nie byłyby w stanie wprowadzić w innej sytuacji (np. z powodu ograniczonych możliwości technicznych stron).
228. Porozumienia produkcyjne prawdopodobnie nie będą prowadzić do bezpośredniego ograniczenia konkurencji pomiędzy stronami, lub znowy, a antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku prawdopodobnie nie wystąpi, jeżeli *strony porozumienia nie mają władzy rynkowej* na rynku, na którym ocenia się ograniczenie konkurencji. Jedynie władza rynkowa może umożliwić stronom porozumienia opłacalne utrzymanie cen powyżej poziomu konkurencyjnego lub opłacalne utrzymanie poziomu produkcji i jakości lub różnorodności produktu poniżej poziomu dyktowanego przez konkurencję.
- 3.3.3.1. Władza rynkowa
229. Punktem wyjścia analizy władzy rynkowej jest a) indywidualny i łączny udział stron w rynku. Następnie analizowane są zazwyczaj b) wskaźnik koncentracji oraz liczba uczestników rynku, c) czynniki dynamiczne, takie jak możliwość wejścia na rynek i zmiany udziału w rynku, jak również d) inne czynniki istotne dla oceny władzy rynkowej.
- a) Udziały w rynku
230. Mało prawdopodobne jest, aby władzę rynkową miały przedsiębiorstwa, których udział w rynku leży poniżej określonego poziomu.
231. **Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.** Próg udziału w rynku określony w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych wynosi 20 %. Porozumienia specjalizacyjne¹⁵⁹ są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, jeżeli są to porozumienia między stronami, których łączny udział w rynku lub rynkach właściwych nie przekracza 20 %, oraz jeżeli spełnione są pozostałe warunki stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.
232. **„Bezpieczna przystań”.** W przypadku horyzontalnych porozumień o podwykonawstwie, które nie mieszczą się w definicji porozumienia specjalizacyjnego zawartej w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych (art. 1 ust. 1 lit. a)), istnienie władzy rynkowej jest w większości przypadków mało prawdopodobne, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 20 %. W każdym razie horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie, w których łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 %, prawdopodobnie spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3.

¹⁵⁸ Do celów niniejszego rozdziału „nowy rynek” należy rozumieć w szerszym znaczeniu niż w kontekście porozumień badawczo-rozwojowych, o których mowa w rozdziale 2 (zob. np. pkt 60).

¹⁵⁹ Art. 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.

233. **Udział w rynku powyżej 20 %.** Jeśli łączny udział stron w rynku przekracza 20 %, należy skutki ograniczające poddać analizie. Ogólnie rzecz biorąc, ryzyko, że porozumienie produkcyjne może zwiększyć motywację stron porozumienia do podnoszenia cen (lub obniżania jakości i asortymentu), jest tym bardziej prawdopodobne, im większy jest łączny udział stron w rynku.

b) Wskaźnik koncentracji rynku

234. Prawdopodobieństwo, że porozumienie produkcyjne na skoncentrowanym rynku wywoła skutki ograniczające konkurencję, jest zasadniczo znacznie większe niż w przypadku rynku nieskoncentrowanego. Porozumienie produkcyjne na skoncentrowanym rynku może również zwiększyć ryzyko zмовы, nawet jeżeli strony mają umiarkowany łączny udział w rynku.

235. Łączny udział stron w rynku przekraczający nieznacznie 20 % nie musi jednak oznaczać, że mamy do czynienia z rynkiem wysoce skoncentrowanym. Łączny udział stron w rynku nieco powyżej 20 % może występować na rynku o umiarkowanej koncentracji.

c) Czynniki dynamiczne

236. Nawet jeżeli udział stron porozumienia w rynku oraz koncentracja na rynku są wysokie, ryzyko wystąpienia skutków ograniczających konkurencję może być niskie, jeżeli rynek jest dynamiczny, tzn. charakteryzuje się wchodzeniem nowych uczestników i częstymi zmianami udziałów w rynku.

d) Inne czynniki istotne dla oceny władzy rynkowej

237. Z punktu widzenia oceny władzy rynkowej stron istotne są również liczba i intensywność powiązań pomiędzy konkurentami na rynku (np. inne porozumienia kooperacyjne).

238. Ponadto w przypadkach, w których przedsiębiorstwo posiadające władzę rynkową na jednym rynku współpracuje z potencjalnym nowym uczestnikiem rynku, np. z dostawcą tego samego produktu na sąsiednim rynku geograficznym lub produktowym, porozumienie może potencjalnie zwiększyć władzę rynkową przedsiębiorstwa zasiedziałego. Może to wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli: a) faktyczna konkurencja na rynku przedsiębiorstwa zasiedziałego jest już słaba oraz b) zagrożenie wejściem na rynek nowego uczestnika stanowi poważne źródło presji konkurencyjnej.

3.3.3.2. Bezpośrednie ograniczenie konkurencji między stronami

239. Konkurencja między stronami porozumienia produkcyjnego może być bezpośrednio ograniczona na różne sposoby. Na przykład:

a) Strony produkcyjnego wspólnego przedsiębiorcy mogłyby na przykład ograniczyć produkcję wspólnego przedsiębiorcy w porównaniu z ilością produktów, które wprowadziłyby do obrotu, jeżeli decydowałyby o tym niezależnie od siebie.

b) Jeśli porozumienie produkcyjne będzie określało główne cechy produktu, mogłyby to również wyeliminować kluczowe elementy konkurencji między stronami i ostatecznie prowadzić do powstania skutków ograniczających konkurencję.

c) Nakładanie przez wspólnego przedsiębiorcę wysokich cen transferowych na strony porozumienia produkcyjnego zwiększyłoby koszty nakładów stron, co

z kolei mogłoby spowodować wzrost cen na rynku niższego szczebla. Konkurenci mogą uznać za opłacalne podniesienie swoich cen, przyczyniając się w ten sposób do wzrostu cen na rynku właściwym.

240. Ponadto w niektórych branżach, w których produkcja stanowi główną działalność gospodarczą, czyste porozumienie produkcyjne może samo przez się wyeliminować kluczowe elementy konkurencji, ograniczając tym samym konkurencję między stronami porozumienia.

3.3.3.3. Zmowa i antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku

241. Prawdopodobieństwo powstania zmywy zależy od władzy rynkowej stron (zob. sekcja 3.3.3.1) a także cech rynku właściwego. Zmowa może w szczególności (lecz nie tylko) wynikać z uwspólnienia kosztów lub wymiany informacji będących skutkiem porozumienia produkcyjnego

242. Porozumienie produkcyjne może również prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku: a) poprzez zwiększenie władzy rynkowej przedsiębiorstw lub b) poprzez zwiększenie ich stopnia uwspólnienia kosztów lub c) jeśli obejmuje wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych.

a) Stopień uwspólnienia kosztów

243. Porozumienie produkcyjne między stronami posiadającymi władzę rynkową może mieć skutki ograniczające konkurencję, jeżeli zwiększa ono stopień uwspólnienia kosztów do poziomu, który umożliwia im działanie w znowie (np. uzgadnianie cen lub innych parametrów konkurencji) lub zamknięcie stronom trzecim dostępu do rynków dotkniętych skutkami ubocznymi.

244. Stopień uwspólnienia kosztów odnosi się do proporcji kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron porozumienia. Istotnymi kosztami są koszty zmienne produktu, który jest przedmiotem konkurencji między stronami porozumienia produkcyjnego.

245. Istnieje większe prawdopodobieństwo, że porozumienie produkcyjne doprowadzi do zmywy lub zamknięcia dostępu do rynku, jeżeli już przed zawarciem porozumienia strony mają wysoki udział kosztów zmiennych, które dzielą między sobą, ponieważ ich dodatkowy wzrost wynikający z kosztów produkcji produktów objętych porozumieniem może przechylić szalę, doprowadzając do zmywy. I na odwrót, jeśli wzrost (wynikający z kosztów produkcji produktów objętych porozumieniem) jest duży, ryzyko zmywy lub zamknięcia dostępu do rynku może być duże, nawet jeśli początkowy stopień uwspólnienia kosztów jest niski.

246. Uwspólnienie kosztów zwiększa ryzyko zmywy lub zamknięcia dostępu do rynku tylko wówczas, gdy koszty produkcji stanowią znaczną część przedmiotowych kosztów zmiennych.

- a) Scenariusz, w którym uwspólnienie kosztów może prowadzić do zmywy, mógłby wystąpić w sytuacji, w której strony uzgadniają wspólną produkcję półproduktu, która stanowi znaczną część kosztów zmiennych produktu końcowego, który jest przedmiotem konkurencji między stronami na rynku niższego szczebla. Strony mogłyby wówczas wykorzystać porozumienie produkcyjne w celu zwiększenia ceny tego znacznego wspólnego wkładu w ich produkty obecne na rynku niższego szczebla. Osłabiłoby to konkurencję na rynku niższego szczebla oraz prawdopodobnie doprowadziłoby do zwiększenia cen końcowych. Zysk zostałby przeniesiony z rynku niższego szczebla na

rynek wyższego szczebla, a następnie podzielony przez strony w ramach wspólnego przedsiębiorcy.

- b) Podobnie uwspólnienie kosztów zwiększa ryzyko antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku w przypadku horyzontalnego porozumienia o podwykonawstwie, w ramach którego środki produkcji nabyte przez wykonawcę od podwykonawcy stanowią znaczną część kosztów zmiennych produktu końcowego, który jest przedmiotem konkurencji między stronami.

247. Istnieje jednak mniejsze prawdopodobieństwo, że uwspólnienie kosztów zwiększy ryzyko zмовы, jeśli współpraca dotyczy produktów, które wymagają kosztownej komercjalizacji; np. nowe lub różnorodne produkty, których wprowadzenie do obrotu lub transport wiąże się ze znacznymi kosztami.

b) Wymiana informacji

248. Porozumienie produkcyjne może wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli wiąże się z wymianą informacji objętych tajemnicą handlową, co może prowadzić do zмовы lub antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.

249. Prawdopodobieństwo wywołania skutków ograniczających konkurencję przez wymianę informacji w kontekście porozumienia produkcyjnego należy oceniać zgodnie ze wskazówkami zawartymi w rozdziale 6 niniejszych wytycznych. Wszelkie negatywne skutki wynikające z takiej wymiany informacji nie będą oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia produkcyjnego.

250. Prawdopodobieństwo spełnienia przez porozumienie produkcyjne kryteriów określonych w art. 101 ust. 3 byłoby większe, gdyby wymiana informacji nie wykraczała poza udostępnianie danych niezbędnych do produkowania produktów objętych porozumieniem, nawet gdyby wymiana informacji miała skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W takim przypadku istnieje prawdopodobieństwo, że przyrost wydajności wynikający ze wspólnej produkcji przewyższa skutki ograniczające konkurencję spowodowane przez koordynację zachowania stron.

251. Prawdopodobieństwo spełnienia przez porozumienie produkcyjne kryteriów określonych w art. 101 ust. 3 byłoby mniejsze, gdyby wymiana informacji wykraczała poza to, co jest konieczne do wspólnej produkcji, tj. na przykład obejmowała informacje dotyczące cen i sprzedaży.

3.4. Porozumienia objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych

252. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych ustanawia, z zastrzeżeniem pewnych warunków, „bezpieczną przystań” dla niektórych porozumień produkcyjnych, które są określane jako „porozumienia specjalizacyjne”.

253. Przywilej wyłączenia wynikający z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych jest ograniczony do tych porozumień specjalizacyjnych, w przypadku których można z wystarczającą pewnością założyć, że spełniają one warunki określone w art. 101 ust. 3.

3.4.1. Porozumienia specjalizacyjne

254. Porozumienia specjalizacyjne obejmują następujące rodzaje horyzontalnych porozumień produkcyjnych: porozumienia o specjalizacji jednostronnej,

porozumienia o specjalizacji wzajemnej oraz porozumienia o wspólnej produkcji i dotyczą one wytwarzania towarów lub przygotowywania usług.

255. **Porozumienia o specjalizacji jednostronnej.** Kluczowe elementy tych porozumień, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt (i) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, są następujące:

- a) obejmują one dwie lub więcej stron oraz
- b) strony tych porozumień działają już na tym samym rynku produktowym oraz
- c) porozumienie dotyczy tych samych produktów oraz
- d) strona lub strony zgadzają się na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji lub powstrzymanie się od produkcji określonych produktów oraz na nabywanie ich od drugiej strony lub pozostałych stron oraz
- e) inna strona lub strony zgadzają się na produkowanie i dostarczanie tych produktów drugiej stronie lub stronom, które zaprzestają lub powstrzymują się od ich produkcji.

256. W definicji porozumień o specjalizacji jednostronnej nie wymaga się: (i) prowadzenia przez strony działalności na tym samym rynku geograficznym ani (ii) zmniejszenia mocy produkcyjnych (np. sprzedaży fabryk, zamknięcia linii produkcyjnych itp.) przez stronę lub strony, które zaprzestają produkcji lub powstrzymują się od produkcji określonych produktów, ponieważ wystarczające jest, jeśli zmniejszą one wielkość produkcji.

257. **Porozumienia o specjalizacji wzajemnej.** Kluczowe elementy tych porozumień, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt (ii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, są następujące:

- a) obejmują one dwie lub więcej stron oraz
- b) strony tych porozumień działają już na tym samym rynku produktowym oraz
- c) porozumienie dotyczy różnych produktów oraz
- d) co najmniej dwie strony zgadzają się na zasadzie wzajemności na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji lub powstrzymanie się od produkcji określonych, ale różnych, produktów oraz na nabywanie tych produktów od pozostałych stron oraz
- e) te pozostałe strony zgadzają się na produkowanie i dostarczanie tych produktów stronom, które zaprzestają lub powstrzymują się od ich produkcji.

258. W definicji porozumień o specjalizacji wzajemnej nie wymaga się: (i) prowadzenia przez strony działalności na tym samym rynku geograficznym ani (ii) zmniejszenia mocy produkcyjnych (np. sprzedaży fabryk, zamknięcia linii produkcyjnych itp.) przez stronę lub strony, które zaprzestają produkcji lub powstrzymują się od produkcji określonych, ale różnych, produktów, ponieważ wystarczające jest, jeśli zmniejszą one wielkość produkcji.

259. **Porozumienia o wspólnej produkcji.** Kluczowe elementy tych porozumień, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt (iii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, są następujące:

- a) obejmują one dwie lub więcej stron oraz
- b) strony wspólnie produkują niektóre produkty (zob. sekcja 3.4.3).

260. W definicji porozumień o wspólnej produkcji nie wymaga się: (i) prowadzenia już przez strony działalności na tym samym rynku produktowym ani (ii) zaprzestania przez stronę lub strony produkcji jakichkolwiek produktów lub powstrzymania się od takiej produkcji.

3.4.2. *Inne postanowienia porozumień specjalizacyjnych*

261. Na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych wyłącza się również pewne postanowienia, które mogą być zawarte w porozumieniach specjalizacyjnych.
262. **Postanowienia dotyczące przeniesienia praw własności intelektualnej na stronę lub strony lub udzielenia im licencji na te prawa** (art. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Postanowienia te podlegają wyłączeniu przewidzianemu w art. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, jeżeli spełniają dwa łączne warunki:
- a) nie stanowią podstawowego przedmiotu porozumienia specjalizacyjnego; oraz
 - b) są bezpośrednio związane z takim porozumieniem i konieczne do wprowadzenia go w życie.
263. **Postanowienia dotyczące zobowiązań do dostaw lub zakupu** (art. 2 pkt 4 oraz motyw 11 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych stanowi, że porozumienia o specjalizacji jednostronnej i wzajemnej będą podlegać wyłączeniu tylko wówczas, gdy obejmują zobowiązania do dostaw i zakupu. W takim przypadku zobowiązania te mogą być na zasadzie wyłączności lub braku wyłączności (motyw 11 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych)
264. Jeśli chodzi o zobowiązanie do wyłączności w zakresie dostaw lub zakupów, art. 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych stanowi, że wyłączenie stosuje się do porozumień specjalizacyjnych, zgodnie z którymi strony akceptują zobowiązanie do wyłączności w zakresie zakupów lub dostaw.
- a) Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. j) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zobowiązanie do wyłączności w zakresie dostaw oznacza zobowiązanie do zaniechania dostaw produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego (zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych) na rzecz przedsiębiorstwa konkurującego innego niż strona lub strony porozumienia. W związku z tym zobowiązanie do wyłączności w zakresie dostaw nie uniemożliwia stronom dostarczania produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego osobom trzecim, które nie są przedsiębiorstwami konkurującymi.
 - b) Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. k) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zobowiązanie do wyłączności w zakresie zakupów oznacza zobowiązanie do zakupu produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego tylko od strony lub stron porozumienia.

265. Inne postanowienia zawarte w porozumieniach specjalizacyjnych, które stanowią ograniczenia dodatkowe, będą również objęte wyłączeniem przewidzianym w art. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, o ile spełnione będą warunki określone w orzecznictwie unijnym¹⁶⁰.
- 3.4.3. *Wspólna dystrybucja oraz pojęcie „wspólny” w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*
266. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zdefiniowano pojęcie „wspólny” w kontekście dystrybucji. Wspólna dystrybucja może stanowić część porozumienia specjalizacyjnego i może podlegać wyłączeniu przewidzianemu w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, jeżeli działalność dystrybucyjna jest prowadzona w jeden z dwóch następujących sposobów:
- a) dystrybucję prowadzą wspólny zespół, wspólna organizacja lub wspólne przedsiębiorstwo, lub
 - b) dystrybucję prowadzi dystrybutor będący osobą trzecią, który spełnia trzy łączne warunki:
 - (i) jest wyznaczany wspólnie przez strony porozumienia specjalizacyjnego oraz
 - (ii) jest wyznaczany na zasadzie wyłączności lub nie na zasadzie wyłączności oraz
 - (iii) nie jest rzeczywistym ani potencjalnym konkurentem stron porozumienia specjalizacyjnego.
267. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych ma zastosowanie również¹⁶¹ do porozumień specjalizacyjnych, w których strony a) prowadzą wspólną dystrybucję produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego i b) nie prowadzą ich samodzielnej sprzedaży.
268. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zastosowano również pojęcie „wspólny” w definicji „porozumień o wspólnej produkcji” (art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt (iii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Terminu „wspólny” w kontekście produkcji jednak nie zdefiniowano. Dlatego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych wspólna produkcja może przybierać dowolną formę.

¹⁶⁰ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89; wyrok z dnia 11 lipca 1985 r., Remia i in./Komisja, sprawa 42/84, EU:C:1985:327, pkt 19–20; wyrok z dnia 28 stycznia 1986 r., Pronuptia, sprawa 161/84, EU:C:1986:41, pkt 15–17; wyrok z dnia 15 grudnia 1994 r., DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, pkt 35 oraz wyrok z dnia 12 grudnia 1995 r., Oude Luttikhuis i in., C-399/93, EU:C:1995:434, pkt 12–15.

¹⁶¹ Art. 2 ust. 4 lit. b) i art. 1 ust. 1 lit. l) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.

3.4.4. *Usługi w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*

269. Porozumienia specjalizacyjne objęte wyłączeniem na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych mogą dotyczyć również przygotowywania usług. Przygotowywanie usług odnosi się do działań podejmowanych na wyższym szczeblu obrotu niż świadczenie usług na rzecz klientów (art. 1 ust. 1 lit. e) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Za porozumienie dotyczące przygotowywania usług można na przykład uznać porozumienie specjalizacyjne dotyczące utworzenia platformy, za pośrednictwem której będzie świadczona usługa.
270. Jak wyjaśniono jednak w motywie 9 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, świadczenie usług znajduje się poza zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, z wyjątkiem kontekstu dystrybucji, w którym strony świadczą usługi przygotowane w ramach porozumienia specjalizacyjnego.

3.4.5. *Przedsiębiorstwa konkurujące: rzeczywisci lub potencjalni konkurenci*

271. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych (art. 1 ust. 1 lit. i)) przedsiębiorstwa konkurujące uważa się za: a) rzeczywistych konkurentów, jeżeli działają na tym samym rynku właściwym, albo b) potencjalnych konkurentów, jeżeli przy założeniu braku porozumienia produkcyjnego mogłyby one realnie, a nie tylko teoretycznie zdecydować się na przeprowadzenie, w terminie nie dłuższym niż trzy lata, koniecznych dodatkowych inwestycji lub poniesienie innych niezbędnych kosztów, aby wejść na rynek właściwy.
272. Kwestię potencjalnej konkurencji należy ocenić w sposób realistyczny. Na przykład nie można określać stron jako potencjalnych konkurentów tylko dlatego, że porozumienie specjalizacyjne umożliwia im prowadzenie określonego rodzaju działalności produkcyjnej. Decydującą kwestią jest to, czy każda strona niezależnie dysponuje niezbędnymi środkami pozwalającymi jej prowadzić taką działalność.

3.4.6. *Próg udziału w rynku i okres wyłączenia*

3.4.6.1. Próg udziału w rynku

273. Zgodnie z art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych porozumienia specjalizacyjne będą objęte wyłączeniem, jeżeli spełnione są następujące wymogi dotyczące progów udziału w rynku:
- a) łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 % na rynku właściwym lub na rynkach właściwych objętych porozumieniem specjalizacyjnym, o ile pozostałe warunki skorzystania z wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych są spełnione;
 - b) jeżeli produkty będące przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego są produktami pośrednimi, a jedna ze stron lub większa ich liczba całkowicie lub częściowo wykorzystują je na potrzeby własne do produkcji określonych produktów rynku niższego szczebla, które strony te również sprzedają, z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych można skorzystać, o ile:

- (i) łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 % na rynku właściwym lub rynkach właściwych, do których należą produkty będące przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego oraz
- (ii) łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 % na rynku właściwym lub rynkach właściwych, do których należą produkty rynku niższego szczebla. Zgodnie z definicją przedstawioną w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych „produkt rynku niższego szczebla” oznacza produkt, do produkcji którego strona lub strony porozumienia używają, jako produktu wejściowego, produktu będącego przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego i który jest sprzedawany przez te strony na rynku (art. 1 ust. 1 lit. g)).

3.4.6.2. Obliczanie udziałów w rynku

274. Zgodnie z art. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych udziały w rynku należy obliczać na podstawie danych dotyczących poprzedniego roku kalendarzowego.
275. W przypadku niektórych rynków konieczne może okazać się obliczenie udziałów w rynku na podstawie średniej udziałów stron w rynku na przestrzeni ostatnich trzech lat kalendarzowych. Może to być istotne na przykład w przypadku rynków objętych obowiązkiem przetargu, na których udziały w rynku mogą ulec znaczącej zmianie (np. z poziomu 0 % do poziomu 100 %) w ujęciu rocznym, w zależności od tego, czy dana strona odniosła sukces w ramach procedury przetargowej czy też nie. Może to również być istotne w odniesieniu do rynków charakteryzujących się dużymi, nierównomiernymi zamówieniami, w przypadku których udział w rynku z poprzedniego roku kalendarzowego może nie być reprezentatywny, np. gdy w poprzednim roku kalendarzowym nie złożono żadnego dużego zamówienia. Inną sytuacją, w której konieczne może okazać się obliczenie udziałów w rynku na podstawie średniej wyciągniętej z udziałów stron na przestrzeni trzech ostatnich lat kalendarzowych, jest sytuacja, w której w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie umowy o współpracy doszło do wstrząsu podażowego lub popytowego.
276. Jeżeli chodzi o wskaźniki wykorzystywane do obliczania udziałów w rynku, rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych stanowi, że udziały w rynku należy obliczać na podstawie wartości sprzedaży. Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży nie są dostępne, do ustalenia udziału stron w rynku można wykorzystać dane szacunkowe oparte na innych wiarygodnych informacjach rynkowych, w tym na danych dotyczących wielkości sprzedaży rynkowej.
277. Zgodnie z definicją przedstawioną w art. 1 ust. 2 do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych wyrażenia „przedsiębiorstwo” i „strona” obejmują odpowiednie przedsiębiorstwa z nimi powiązane. Zgodnie z art. 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych udział w rynku stron porozumienia specjalizacyjnego i przedsiębiorstw z nimi powiązanych jest przypisywany w równych częściach każdemu przedsiębiorstwu posiadającemu następujące prawa lub uprawnienia:
- a) bezpośrednie lub pośrednie uprawnienie do wykonywania ponad połowy praw głosu;

- b) bezpośrednie lub pośrednie uprawnienie do powoływania ponad połowy członków rady nadzorczej, zarządu lub organów prawnie reprezentujących przedsiębiorstwo lub
- c) bezpośrednie lub pośrednie prawo do kierowania działalnością przedsiębiorstwa.

3.4.6.3. Okres wyłączenia

278. Wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie udziela się na określony okres. Wyłączenie ma zastosowanie przez okres obowiązywania porozumienia specjalizacyjnego, o ile progi udziału w rynku pozostają spełnione.
279. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych przewidziano, że w przypadku gdy łączny udział stron w rynku przekroczy 20 % w odniesieniu do co najmniej jednego z rynków objętych porozumieniem specjalizacyjnym, wyłączenie będzie stosowane nadal przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych po upływie roku, w którym próg 20 % został przekroczony po raz pierwszy.

3.4.7. *Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*

3.4.7.1. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji

280. W art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawarto wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji to poważne ograniczenia konkurencji, których w większości przypadków należałoby zakazać ze względu na szkody, jakie wyrządzają rynkowi i konsumentom, Porozumienia specjalizacyjne, które obejmują co najmniej jedno najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, są w całości wyłączone z zakresu wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.
281. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji wymienione w art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych można podzielić na następujące kategorie:
- a) ustalanie cen przy sprzedaży produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego osobom trzecim;
 - b) ograniczenie produkcji lub sprzedaży; oraz
 - c) podział rynków lub klientów.
282. Ograniczenia takie mogą występować a) bezpośrednio lub pośrednio oraz b) samodzielnie lub w powiązaniu z innymi czynnikami, na które strony porozumienia specjalizacyjnego mają wpływ.

3.4.7.2. Wyjątki

283. W art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawarto również szereg wyjątków od najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Porozumienia specjalizacyjne, które zawierają tego rodzaju postanowienia, wciąż mogą zostać objęte wyłączeniem, jeżeli spełnione są pozostałe warunki wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych:

- a) Ustalanie cen: w kontekście wspólnej dystrybucji przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość ustalania cen stosowanych wobec bezpośrednich klientów (art. 5 ust. 1 akapit drugi);
- b) Ograniczenie produkcji lub sprzedaży:
 - (i) w kontekście porozumień o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość przyjmowania postanowień dotyczących uzgodnionej ilości produktów, (i) których produkcji lub przygotowywania strona lub strony zamierzają zaprzestać lub (ii) które strona lub strony produkowałyby lub przygotowywałyby dla drugiej strony lub pozostałych stron (art. 5 ust. 2 akapit drugi lit. a));
 - (ii) w kontekście porozumień o wspólnej produkcji przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość przyjmowania postanowień dotyczących ustalania zdolności produkcyjnej i wielkości produkcji stron w odniesieniu do produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego (art. 5 ust. 2 akapit drugi lit. b));
 - (iii) w kontekście wspólnej dystrybucji przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość ustalania docelowych poziomów sprzedaży produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego (art. 5 ust. 2 akapit drugi lit. c)).

3.4.8. *Wycofanie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*

284. Zgodnie z art. 6 i 7 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji mogą wycofać przywilej przewidziany w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych na podstawie przepisów – odpowiednio – art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, w szczególności w przypadku gdy:

- a) rynek właściwy jest bardzo skoncentrowany oraz
- b) konkurencja jest już słaba, w szczególności ze względu na (i) poszczególne pozycje rynkowe innych uczestników rynku lub (ii) powiązania między innymi uczestnikami rynku utworzone w wyniku równoległych porozumień specjalizacyjnych.

285. Wytyczne dotyczące wycofania przywilejów przewidzianych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych mają również zastosowanie w przypadku wycofania przywilejów przewidzianych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych (zob. sekcja 2.7 niniejszych wytycznych).

3.5. **Ocena na podstawie art. 101 ust. 3 porozumień produkcyjnych, które nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych**

286. Nie zakłada się, że porozumienia produkcyjne, które nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień

specjalizacyjnych, są objęte zakresem art. 101 ust. 1 lub nie spełniają warunków przewidzianych w art. 101 ust. 3. Takie porozumienia produkcyjne wymagają indywidualnej oceny.

287. Indywidualna ocena takich porozumień produkcyjnych rozpoczyna się od ustalenia, czy dane porozumienie ograniczałoby konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1¹⁶². Jeżeli tak, przedsiębiorstwa musiałyby ocenić, czy porozumienie produkcyjne spełnia warunki przewidziane w art. 101 ust. 3.

3.5.1. Przyrost wydajności

288. Porozumienia produkcyjne mogą zapewnić przyrost wydajności poprzez:

- a) umożliwienie przedsiębiorstwom zaoszczędzenia kosztów, które w przeciwnym razie zostałyby powielone;
- b) wspieranie przedsiębiorstw w dążeniu do poprawy jakości produktów, jeżeli połączą swoje uzupełniające się umiejętności i *know-how*;
- c) umożliwienie przedsiębiorstwom zwiększenia zróżnicowania produktów, co w innym przypadku byłoby niemożliwe ze względu na koszty lub inne czynniki;
- d) umożliwienie przedsiębiorstwom ulepszenia swoich technologii produkcyjnych lub wprowadzenia nowych produktów (takich jak zrównoważone produkty), czego w przeciwnym razie nie mogłyby zrobić (na przykład z uwagi na ograniczone możliwości techniczne stron);
- e) zachęcanie przedsiębiorstw do dostosowywania swoich zdolności produkcyjnych do niespodziewanego, gwałtownego wzrostu popytu lub niespodziewanego, gwałtownego spadku podaży określonych produktów, co mogłoby wiązać się z ryzykiem wystąpienia braków, i zapewnianie im możliwości takiego dostosowywania zdolności produkcyjnych;
- f) wyeliminowanie braków i zakłóceń w ramach łańcucha dostaw w krytycznych sektorach gospodarki, zapewniając stronom możliwość zmniejszenia zależności od zbyt ograniczonej liczby dostawców określonych produktów, usług i technologii;
- g) zapewnienie przedsiębiorstwom możliwości prowadzenia produkcji po niższych kosztach, jeżeli współpraca umożliwia im zwiększanie produkcji w przypadkach, w których koszty krańcowe maleją wraz ze wzrostem produkcji, tj. przez korzyści skali oraz
- h) zapewnienie oszczędności kosztów wynikającej z korzyści zakresu, jeżeli porozumienie umożliwia stronom zwiększenie liczby różnych typów produktów.

289. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.

3.5.2. Niezbędność

290. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności wynikającego z porozumienia produkcyjnego, nie spełniają kryteriów określonych w art. 101 ust. 3. Na przykład ograniczenia nałożone w porozumieniu

¹⁶²

Sekcja 2.3 niniejszych wytycznych.

produkcyjnym na konkurencyjne zachowanie stron w odniesieniu do produkcji poza ramami współpracy zwykle nie zostaną uznane za niezbędne. Podobnie nie zostanie uznane za konieczne wspólne ustalanie cen, jeżeli porozumienie produkcyjne nie obejmuje także wspólnej komercjalizacji.

3.5.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*

291. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję, na przykład w postaci niższych cen, lepszej jakości lub większego zróżnicowania produktów.
292. Przyrost wydajności, który stanowi korzyść jedynie dla stron, lub oszczędność kosztów, która jest spowodowana przez zmniejszenie produkcji lub podział rynku, nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania, że kryteria określone w art. 101 ust. 3 są spełnione.
293. Jeżeli strony porozumienia produkcyjnego osiągnęły oszczędność swoich kosztów zmiennych, istnieje większe prawdopodobieństwo, że przeniosą je na konsumentów, niż w przypadku, w którym zredukowałyby swoje koszty stałe.
294. Ponadto im większy jest poziom władzy rynkowej stron, tym mniej prawdopodobne będzie przeniesienie przez nie przyrostu wydajności na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

3.5.4. *Nieeliminowanie konkurencji*

295. Kryteria określone w art. 101 ust. 3 nie mogą zostać spełnione, jeżeli strony mają możliwość eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów. Powyższą kwestię należy przeanalizować w odniesieniu do rynku właściwego, do którego należą produkty objęte współpracą, oraz w odniesieniu do możliwych rynków dotkniętych skutkami ubocznymi.

3.6. **Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej**

296. W niniejszej sekcji Komisja zamieściła wskazówki dotyczące szczególnego rodzaju porozumienia produkcyjnego dotyczącego infrastruktury telefonii ruchomej – porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej¹⁶³. Sieci łączności stanowią podstawę gospodarki cyfrowej i społeczeństwa cyfrowego, co ma znaczenie dla niemal wszystkich przedsiębiorstw i konsumentów. Operatorzy sieci ruchomych często współpracują ze sobą, aby zwiększyć opłacalność działań na rzecz rozwoju swojej sieci¹⁶⁴

¹⁶³ W tym kontekście należy odnotować, że pojęcie „infrastruktura telefonii ruchomej” stosowane w niniejszej sekcji dotyczy wykorzystywania infrastruktury nie tylko na potrzeby usług łączności ruchomej, takich jak mobilne usługi szerokopasmowe, ale również w celu zapewniania bezprzewodowego dostępu do konkretnej lokalizacji np. w formie stałego dostępu bezprzewodowego, który jest wykorzystywany jako rozwiązanie alternatywne wobec połączeń przewodowych.

¹⁶⁴ W ramach prawnych w dziedzinie łączności elektronicznej przewidziano możliwość współdzielenia infrastruktury telefonii ruchomej w pewnych ściśle określonych okolicznościach. Może to dotyczyć np. obszarów o niższej gęstości zaludnienia, gdzie powielanie elementów infrastruktury jest niepraktyczne, a użytkownicy końcowi są narażeni na ryzyko zostania pozbawionymi łączności cyfrowej. Zob. warunki ustanowione w art. 61 ust. 4 dyrektywy (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, zgodnie z którymi państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić, aby ich właściwym organom przysługiwały uprawnienia do nakładania na

297. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej stanowią przykład porozumień specjalizacyjnych dotyczących wspólnego przygotowywania usług. W ramach porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej operatorzy sieci ruchomej wyrażają zgodę na współdzielenie niektórych elementów infrastruktury. Może to obejmować udostępnienie ich podstawowej infrastruktury na miejscu takiej jak maszty, szafki uliczne, anteny lub źródła zasilania („współdzielenie bierne” lub „współdzielenie obiektów”). Operatorzy sieci ruchomej mogą również udostępniać sprzęt związany z siecią dostępu radiowego („RAN”) w obiektach, takich jak stacje przekąźnikowe lub węzły sterowania („aktywne współdzielenie RAN”) lub swoje widmo, np. pasma częstotliwości („współdzielenie widma”)¹⁶⁵.
298. Komisja dostrzega potencjalne korzyści związane z porozumieniami w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości. Obniżenie kosztów – np. kosztów związanych z wdrażaniem i konserwacją – może przynieść konsumentom korzyści przejawiające się niższymi cenami. Z kolei lepsza jakość usług lub bogatsza gama produktów i usług może wynikać np. z szybszego wdrażania nowych sieci i technologii, szerszego zasięgu lub większego zagęszczenia sieci. Współdzielenie infrastruktury telefonii ruchomej może również stworzyć warunki sprzyjające konkurencji w obszarach, które w przeciwnym wypadku nie byłyby konkurencyjne¹⁶⁶. Komisja stwierdziła również, że co do zasady operatorzy sieci ruchomej mogą czerpać korzyści związane z dużymi, sprawnie działającymi sieciami poprzez zawieranie porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej bez konieczności konsolidacji w drodze połączeń.
299. W opinii Komisji porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej, uwzględniając potencjalne współdzielenie widma, nie ograniczałyby co do zasady konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1, o ile nie stanowiłyby narzędzia służącego utworzeniu kartelu.
300. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej mogą jednak powodować skutki ograniczające konkurencję. Porozumienia te mogą ograniczać konkurencję w zakresie infrastruktury, która miałaby miejsce w przypadku niezawarcia danego porozumienia¹⁶⁷. Mniejsza konkurencja w zakresie

przedsiębiorstwa obowiązków w zakresie współdzielenia infrastruktury pasywnej lub obowiązków zawarcia lokalnych umów dostępu do usług roamingu, a także – w wyjątkowych przypadkach – obowiązków w zakresie współdzielenia infrastruktury aktywnej. Zob. również zalecenie Komisji w sprawie wspólnego unijnego zestawu narzędzi służących zmniejszeniu kosztów wprowadzania sieci o bardzo dużej przepustowości oraz zapewnieniu terminowego i sprzyjającego inwestycjom dostępu do widma radiowego 5G, aby wspierać łączność z myślą o odbudowie gospodarki po kryzysie związanym z COVID-19 w Unii.

¹⁶⁵ Poza udostępnianiem części swojej sieci związanej z RAN operatorzy sieci ruchomej mogą również udostępniać niektóre węzły swoich odpowiednich sieci bazowych, takie jak cyfrowe centrale telefoniczne i MME.

¹⁶⁶ Na przykład współdzielenie infrastruktury telefonii ruchomej może doprowadzić do powstania konkurencji na poziomie detalicznym, która nie istniałaby w braku odpowiedniego porozumienia. Zob. na zasadzie analogii wyrok z dnia 2 maja 2006 r., O2 (Germany)/Komisja, T-328/03, EU:T:2006:116, pkt 77–79. Choć przywołany wyrok odnosi się do porozumień dotyczących roamingu krajowego, ustanowione w nim zasady można stosować odpowiednio do porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej.

¹⁶⁷ Należy zbadać skutki porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny

infrastruktury może z kolei ograniczać konkurencję zarówno na poziomie hurtowym, jak i na poziomie detalicznym. Wynika to z faktu, że bardziej ograniczona konkurencja na poziomie infrastrukturalnym może wywrzeć wpływ na parametry, takie jak liczba i położenie obiektów, harmonogram uruchamiania obiektów, a także wielkość mocy dostępna w poszczególnych obiektach, co z kolei może wpłynąć na jakość świadczonych usług i poziom cen.

301. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej mogą również faktycznie ograniczać niezależność stron w podejmowaniu decyzji oraz osłabiać ich zdolność oraz motywację do konkutowania ze sobą w dziedzinie infrastruktury. Może to wynikać np. z określonych postanowień porozumienia o charakterze technicznym¹⁶⁸, umownym lub finansowym¹⁶⁹. Wymiana informacji między stronami również może stanowić problematyczną kwestię z punktu widzenia konkurencji, zwłaszcza jeżeli tego rodzaju wymiana wykracza poza to, co jest ściśle niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej.
302. Choć ocenę konkurencyjności na podstawie art. 101 należy zawsze przeprowadzać indywidualnie dla każdego przypadku¹⁷⁰, przy jej dokonywaniu warto oprzeć się na szeroko zakrojonych zasadach pełniących funkcję wskazówek ułatwiających przeprowadzenie takiej oceny dla poszczególnych rodzajów porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej:
- a) prawdopodobieństwo, że współdzielenie bierne wywoła skutki ograniczające konkurencję, jest niewielkie, o ile operatorzy sieci zachowają odpowiednio duży stopień niezależności i elastyczności w kształtowaniu swojej strategii biznesowej, określaniu cech swoich usług i realizowaniu inwestycji sieciowych;
 - b) ryzyko wywołania skutków ograniczających konkurencję jest większe w przypadku porozumień dotyczących aktywnego współdzielenia RAN. Wynika to z faktu, że – w porównaniu z współdzieleniem biernym – aktywne współdzielenie RAN wymaga zazwyczaj ściślejszej współpracy w kwestiach dotyczących poszczególnych elementów sieci, która najprawdopodobniej będzie wywierała wpływ nie tylko na zasięg, ale również na zdolność samodzielnego rozbudowywania zdolności;
 - c) porozumienia dotyczące współdzielenia widma (określane również jako „łączenie widm”) wiążą się z jeszcze szerzej zakrojoną współpracą i mogą w jeszcze większym stopniu ograniczać zdolność stron do rozróżniania ich ofert detalicznych lub hurtowych, prowadząc do bezpośredniego ograniczenia

sposób. Konkurencję, o którą chodzi, należy rozumieć tak, jak rzeczywiście by ona wyglądała, gdyby nie było danego porozumienia, przy czym zakłócenie konkurencji może być podane w wątpliwość zwłaszcza wtedy, gdy porozumienie jest niezbędne do penetracji przez przedsiębiorstwo nowej strefy. Zob. wyrok w sprawie T-328/03, O2 (Germany)/Komisja, ECLI: EU:T:2006:116, pkt 68.

¹⁶⁸ Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej mogą prowadzić do sytuacji, w których jedna ze stron ogranicza swobodę działania drugiej strony. Na przykład strona może nie być w stanie wprowadzić określonych rozwiązań technologicznych na obszarze obsługiwanym przez drugą stronę.

¹⁶⁹ Na przykład w przypadku podziału według kryterium geograficznego, jeżeli jedna ze stron obciąża drugą stronę kosztami modernizacji sieci, a wysokość tych kosztów przekracza bazowe koszty przyrostowe.

¹⁷⁰ Wyrok w sprawie T-328/03, O2 (Germany)/Komisja, ECLI: EU:T:2006:116, pkt 65–71.

konkurencji między nimi¹⁷¹. Choć przy ustalaniu warunków mających zastosowanie do prawa użytkowania widma radiowego właściwe organy nie zabraniają współdzielenia takiego widma¹⁷², porozumienia w tym zakresie muszą być poddawane drobiazgowej kontroli pod kątem ich zgodności z art. 101¹⁷³.

303. Przy ocenianiu, czy porozumienie w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej może wywołać skutki ograniczające konkurencję, należy wziąć pod uwagę szereg czynników, w tym czynniki, takie jak:
- a) charakter i intensywność współdzielenia (uwzględniając stopień niezależności, jaki zachowali operatorzy sieci)¹⁷⁴;
 - b) zakres współdzielonych usług i współdzielonych technologii, okres obowiązywania porozumień oraz struktura ustanowiona na mocy porozumień;
 - c) zasięg geograficzny i rynkowy porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej (na przykład stopień pokrycia populacji oraz to, czy porozumienie dotyczy gęsto zaludnionych obszarów)¹⁷⁵;

¹⁷¹ W tym miejscu należy podkreślić, że pojęcie „współdzielenia widma” stosowane w niniejszej sekcji odnosi się wyłącznie do rodzaju porozumienia dotyczącego współdzielenia infrastruktury, na podstawie którego co najmniej dwóch operatorów sieci ruchomej wykorzystuje w charakterze wspólnego zasobu (tj. „łączy”) odpowiednie elementy swojej infrastruktury związane z widmem radiowym w ramach co najmniej jednego pasma częstotliwości. Kwestie związane z problematyką współdzielenia widma w ramach takich porozumień pozostają jednak bez uszczerbku dla innych rodzajów współdzielenia widma, np. między podmiotami niebędącymi konkurentami (w tym między operatorami sieci ruchomej i operatorami sieci innej niż ruchoma), którzy korzystają z tych samych pasm częstotliwości w dynamiczny sposób, sprzyjając tym samym efektywnemu wykorzystywaniu tego rzadkiego zasobu i stwarzając nowe możliwości w zakresie wdrażania sieci 5G. Ponadto pojęcia „współdzielenia widma” stosowanego w niniejszej sekcji nie należy mylić z tzw. „dynamicznym współdzieleniem widma” będącym technologią umożliwiającą dynamiczne przydzielanie zasobów widma operatorowi sieci ruchomej w określonym paśmie częstotliwości, aby zapewnić możliwość jednoczesnego korzystania z więcej niż jednej generacji technologii ruchomej, tj. 3G, 4G i 5G, w danym paśmie częstotliwości.

¹⁷² Zob. przepisy art. 47 ust. 2 Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej, zgodnie z którymi przyjęte przez właściwe organy państw członkowskich warunki dotyczące praw użytkowania widma radiowego nie mogą uniemożliwiać współużytkowania widma radiowego. Ponadto właściwe organy, obwarowując warunkami indywidualne prawa użytkowania widma radiowego, mogą zezwolić na: a) współużytkowanie infrastruktury pasywnej lub aktywnej; b) zawieranie komercyjnych umów dostępu do usług roamingu; c) wspólne uruchamianie infrastruktury na potrzeby świadczenia usług lub udostępniania sieci, które uzależnione są od wykorzystania widma radiowego.

¹⁷³ Na przykład w przypadku porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej zawartego między dwoma operatorami sieci ruchomej, których łączny, stabilny udział w rynku wynosi 90 % i których usługi są świadczone na całym terytorium państwa członkowskiego i obejmują wszystkie technologie (od 2G do 5G), podjęcie przez tych operatorów decyzji o współdzieleniu widma doprowadzi do wszczęcia szczegółowego dochodzenia, które z dużym prawdopodobieństwem zakończy się stwierdzeniem wystąpienia skutków ograniczających konkurencję na rynku z ostateczną szkodą dla konsumentów. W określonych okolicznościach (na przykład w sytuacji, w której zakres porozumienia ogranicza się wyłącznie do słabo zaludnionych obszarów) takie porozumienia nie muszą jednak wywoływać tego rodzaju skutków ograniczających.

¹⁷⁴ Decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r., T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag, COMP/38.369, motyw 12; decyzja Komisji z dnia 30 kwietnia 2003 r., O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („brytyjskie porozumienie dotyczące współdzielenia sieci”) (COMP/38.370), motyw 11.

¹⁷⁵ Zob. wspólne stanowisko Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) z dnia 13 czerwca 2019 r. w sprawie współdzielenia infrastruktury telefonii ruchomej, sekcja 4.2. Współdzielenie czynne. Zob. również na przykład decyzja Komisji z dnia 6 marca 2020 r., Vodafone

- d) struktura i charakterystyka rynku (udziały stron w rynku, część widma, jaką dysponują strony, ścisłość konkurencji między stronami, liczba operatorów nieobjętych porozumieniem oraz skala wywieranej przez nich presji konkurencyjnej, bariery wejścia itp.).
304. Choć nie musi to automatycznie oznaczać zgodności z art. 101, aby można było uznać na pierwszy rzut oka, że porozumienie w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej prawdopodobnie nie będzie wywoływało skutków ograniczających, o których mowa w art. 101, takie porozumienie będzie musiało spełnić co najmniej następujące warunki:
- a) operatorzy kontrolują i obsługują swoją własną sieć bazową, przy czym w danym przypadku nie występują żadne czynniki zniechęcające o charakterze technicznym, umownym lub finansowym lub o innym charakterze, które uniemożliwiłyby im indywidualne/jednostronne wdrażanie swojej infrastruktury, modernizowanie tej infrastruktury i wprowadzanie innowacji, jeżeli taka byłaby ich wola;
 - b) operatorzy prowadzą samodzielną działalność detaliczną i hurtową (niezależność w podejmowaniu decyzji w kwestiach technicznych i komercyjnych oraz w innych kwestiach). Wspomniana niezależność obejmuje swobodę operatorów w zakresie ustalania cen oferowanych przez siebie usług, określania parametrów produktu/pakietu, realizowania niezależnych strategii dotyczących widma i różnicowania swoich usług pod względem jakości oraz innych parametrów;
 - c) operatorzy nie wymieniają większej ilości informacji, niż jest to absolutnie konieczne do funkcjonowania wspólnego korzystania z infrastruktury ruchomej, oraz zostały wprowadzone niezbędne bariery utrudniające wymianę informacji.
305. Niespełnienie przez umowę o wspólnym korzystaniu z infrastruktury ruchomej tych minimalnych warunków wskazuje na to, że taka umowa może wywoływać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101.

3.7. Przykłady

306. Bezpośrednie ograniczenie konkurencji

Przykład 1

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B, dwóch dostawców produktu X, podejmuje decyzję o zamknięciu swoich aktualnych starych zakładów produkcyjnych i o wybudowaniu nowego, większego i bardziej wydajnego zakładu produkcyjnego prowadzonego przez wspólnego przedsiębiorcę oraz posiadającego większe moce produkcyjne niż całkowite moce produkcyjne starych zakładów przedsiębiorstw A i B. Konkurenci wykorzystują w pełni moce produkcyjne swoich zakładów i nie mają w planach rozszerzenia działalności. Przedsiębiorstwa A i B mają udział w rynku właściwym produktu X wynoszący odpowiednio 20 % i 25 %. Rynek ten jest skoncentrowany, cechuje go stagnacja, w ostatnim czasie nie pojawił się na nim żaden nowy podmiot, a udziały w rynku utrzymują się na stałym poziomie. Koszty produkcji produktu X stanowią większą część kosztów zmiennych związanych z tym

Italia/TIM/INWIT JV (M.9674) oraz towarzyszący jej komunikat prasowy: [Połączenia przedsiębiorstw: INWIT/Telecom Italia, Vodafone \(europa.eu\)](#).

produktem w przedsiębiorstwach A i B. Komercjalizacja stanowi działalność gospodarczą o znaczeniu mniejszym (pod względem kosztów i wagi strategicznej) niż produkcja: koszty wprowadzenia do obrotu są niskie, ponieważ produkt X jest jednolity i znany, a czynnik związany z transportem nie stanowi siły napędowej konkurencji.

Analiza: Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie ma zastosowania do tego przykładu, ponieważ łączny udział stron w rynku właściwym produktu X przekracza 20 %. W związku z tym konieczna byłaby indywidualna ocena porozumienia produkcyjnego.

Jeśli przedsiębiorstwa A i B dzieliłyby wszystkie lub większość swoich kosztów zmiennych, wspomniane porozumienie produkcyjne mogłoby prowadzić do bezpośredniego ograniczenia konkurencji między nimi. To może prowadzić do ograniczenia produkcji wspólnego przedsiębiorcy w porównaniu z ilością produktów, które strony wprowadziłyby do obrotu, gdyby decydowały o tym niezależnie od siebie. W świetle ograniczonych możliwości konkurentów w zakresie mocy produkcyjnych to ograniczenie produkcji może prowadzić do wzrostu cen.

Prawdopodobne jest zatem, że wspólny przedsiębiorca produkcyjny utworzony przez przedsiębiorstwa A i B wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 na rynku produktu X.

Zastąpienie dwóch mniejszych starych zakładów produkcyjnych nowym zakładem może sprawić, że wspólny przedsiębiorca zwiększy produkcję przy niższych cenach z korzyścią dla konsumentów. Porozumienie produkcyjne mogłoby jednak spełnić kryteria określone w art. 101 ust. 3 jedynie w przypadku dostarczenia przez strony potwierdzonych dowodów, że korzyści z przyrostu wydajności będą znaczne i prawdopodobne będzie ich przeniesienie na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

307. Zmowa

Przykład 2

Sytuacja: Dwóch dostawców, przedsiębiorstwa A i B, zakłada wspólnego przedsiębiorcę produkcyjnego na potrzeby produktu Y. Przedsiębiorstwa A i B mają udział w rynku produktu Y wynoszący odpowiednio 15 % i 10 %. Na rynku jest również trzech innych uczestników: przedsiębiorstwo C, którego udział w rynku wynosi 30 %, przedsiębiorstwo D z udziałem w rynku 25 % i przedsiębiorstwo E z udziałem w rynku 20 %. Przedsiębiorstwo B posiada już wspólny zakład produkcyjny z przedsiębiorstwem D. Produkt Y jest jednorodny, technologia, na której opiera się produkt, jest prosta, a dostawcy mają bardzo podobne koszty zmienne.

Analiza: Rynek cechuje niewielka liczba uczestników, którzy mają podobne udziały w rynku i zmienne koszty produkcji. Współpraca między przedsiębiorstwami A i B stanowiłaby dodatkowe powiązanie na rynku, zwiększające *de facto* jego skoncentrowanie, ponieważ zaistniałoby także powiązanie przedsiębiorstwa D z przedsiębiorstwami A i B. Taka współpraca może zwiększyć ryzyko powstania zmowy i w związku z tym wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Kryteria określone w art. 101 ust. 3 mogłyby zostać spełnione jedynie przy znacznym przyroście wydajności, z którego korzyści zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

Niemniej w tym przykładzie, biorąc pod uwagę jednorodne cechy produktu Y i prostotę technologii, na której jest on oparty, wydaje się to mało prawdopodobne.

308. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku

Przykład 3

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B zakładają wspólnego przedsiębiorcę produkcyjnego na potrzeby półproduktu X, pokrywającego całość produkcji tego półproduktu. Półprodukt X jest kluczowym środkiem w produkcji produktu niższego szczebla Y i nie ma innego produktu, który mógłby zostać użyty do tego celu zamiast półproduktu X. Koszty produkcji półproduktu X stanowią 70 % kosztów zmiennych produktu końcowego Y, w odniesieniu do którego przedsiębiorstwa A i B konkurują na rynku niższego szczebla. Zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B posiadają udziały w rynku produktu Y wynoszące 20 %, możliwość wejścia na rynek jest ograniczona, a udziały w rynku nie zmieniają się w czasie. Oprócz pokrywania własnego zapotrzebowania na półprodukt X (produkcja na użytek własny) zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B mają udział w rynku półproduktu X wynoszący 40 % (sprzedaż na rzecz osób trzecich). Istnieją duże bariery wejścia na rynek półproduktu X, a działający na nim producenci niemal w pełni wykorzystują swoje moce produkcyjne. Na rynku produktu Y działalność prowadzi dwóch innych znaczących dostawców, z których każdy posiada udział w rynku wynoszący 15 %, a także szereg mniejszych konkurentów. Porozumienie to generuje oszczędności kosztów stałych w postaci zmniejszenia kosztów centrali, co prowadzi do korzyści skali dla wspólnego przedsiębiorcy.

Analiza: Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie ma zastosowania do tego przykładu, ponieważ łączny udział stron zarówno w rynku półproduktu X, jak i w rynku produktu niższego szczebla Y przekracza 20 %. W związku z tym konieczna byłaby indywidualna ocena porozumienia produkcyjnego.

W ramach wspólnego przedsiębiorcy produkcyjnego przedsiębiorstwa A i B byłyby w stanie kontrolować w dużej mierze dostawy istotnego środka produkcji, jakim jest półprodukt X dla ich konkurentów na rynku niższego szczebla produktu Y. Umożliwiłoby to przedsiębiorstwom A i B spowodowanie wzrostu kosztów ich konkurentów przez sztuczne podniesienie ceny półproduktu X lub przez obniżenie produkcji. Takie działanie mogłoby zamknąć dostęp do rynku produktu Y konkurentom przedsiębiorstw A i B. Ze względu na prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku niższego szczebla porozumienie to prawdopodobnie wywołuje skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Istnieje małe prawdopodobieństwo, że korzyści skali wygenerowane przez wspólnego przedsiębiorcę produkcyjnego przewyższają skutki ograniczające konkurencję, w związku z czym porozumienie to najprawdopodobniej nie spełniłoby kryteriów określonych w art. 101 ust. 3.

309. Porozumienie produkcyjne jako podział rynku

Przykład 4

Sytuacja: Zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B produkują produkty X i Y, które należą do odrębnych rynków produktowych. Udział przedsiębiorstwa A w rynku w przypadku X wynosi 30 %, a w przypadku Y – 10 %. Udział przedsiębiorstwa B w rynku w przypadku X wynosi 10 %, a w przypadku Y – 30 %. W celu osiągnięcia korzyści skali w produkcji przedsiębiorstwa A i B

zawierają porozumienie o specjalizacji wzajemnej, w ramach którego przedsiębiorstwo A będzie produkowało tylko produkt X, a przedsiębiorstwo B tylko produkt Y. Przedsiębiorstwa nie prowadzą wzajemnych dostaw towaru, w związku z czym przedsiębiorstwo A sprzedaje tylko produkt X, a przedsiębiorstwo B tylko produkt Y. Strony twierdzą, że dzięki takiej specjalizacji obniżają koszty stałe ze względu na korzyści skali, a skoncentrowanie się wyłącznie na jednym produkcie umożliwi ulepszenie ich technologii produkcyjnych, co z kolei wpłynie na poprawę jakości produktów.

Analiza: Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie ma zastosowania, ponieważ łączny udział stron w rynku przekracza 20 % na każdym z rynków produktowych X i Y. Ponadto porozumienie zawarte między przedsiębiorstwami A i B nie wchodzi w zakres definicji porozumienia o specjalizacji wzajemnej, o której mowa w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych, ponieważ nie występują dostawy wzajemne (tj. nie zawarto porozumienia dotyczącego zakupu produktów X i Y odpowiednio od przedsiębiorstw B i A, które zgadzają się je produkować i dostarczać). W związku z tym konieczna byłaby indywidualna ocena porozumienia produkcyjnego.

Jeżeli chodzi o skutki dla konkurencji na rynku, takie porozumienie produkcyjne skutkuje podziałem rynków produktów X i Y między stronami. W związku z tym porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel. Ponieważ przyrost wydajności, na który się wskazuje, w postaci ograniczenia kosztów stałych i poprawy technologii produkcji wiąże się wyłącznie z podziałem rynku, istnieje małe prawdopodobieństwo, że przewyższy on skutki porozumienia ograniczające konkurencję, w związku z czym porozumienie nie spełniłoby kryteriów określonych w art. 101 ust. 3. Przecież jeżeli przedsiębiorstwo A lub B uważa, że bardziej skuteczne byłoby skoncentrowanie się tylko na jednym produkcie, może po prostu podjąć jednostronną decyzję o produkowaniu wyłącznie produktu X lub Y, bez jednoczesnego uzgadniania, że drugie przedsiębiorstwo skoncentruje się na produkcji drugiego produktu.

310. Wymiana informacji

Przykład 5

Sytuacja: Zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B produkują produkt chemiczny Z. Z jest jednolitym produktem wytwarzanym zgodnie z normą europejską, w której zabrania się modyfikowania produktu. W przypadku Z koszty produkcji stanowią istotny czynnik kosztowy. Przedsiębiorstwo A ma udział w ogólnounijnym rynku Z wynoszący 20 %, a przedsiębiorstwo B – 25 %. W rynku produktu Z uczestniczy czterech innych producentów, których udziały w rynku wynoszą odpowiednio 20 %, 15 %, 10 % i 10 %. Zakład produkcyjny przedsiębiorstwa A znajduje się w państwie członkowskim X w Europie Północnej, a zakład produkcyjny przedsiębiorstwa B w państwie członkowskim Y w Europie Południowej. Mimo że większość klientów przedsiębiorstwa A znajduje się w Europie Północnej, przedsiębiorstwo to ma także wielu klientów w Europie Południowej. Większość klientów przedsiębiorstwa B znajduje się w Europie Południowej, ale przedsiębiorstwo to ma także wielu klientów w Europie Północnej. Obecnie przedsiębiorstwo A dostarcza swoim klientom z Europy Południowej produkt Z, który produkuje w zakładzie produkcyjnym w państwie członkowskim X, a następnie przewozi na południe za pomocą samochodów ciężarowych. Podobnie

przedsiębiorstwo B dostarcza swoim klientom w Europie Północnej produkt Z, który produkuje w państwie członkowskim Y, a następnie przewozi na północ także samochodami ciężarowymi. Koszty transportu są dość wysokie, ale nie w takim stopniu, by dostawy przedsiębiorstwa A do Europy Południowej i dostawy przedsiębiorstwa B do Europy Północnej były nierentowne.

Przedsiębiorstwa A i B decydują, że bardziej wydajnym rozwiązaniem byłoby wstrzymanie transportu produktu Z przez przedsiębiorstwo A z państwa członkowskiego X do Europy Południowej oraz przez przedsiębiorstwo B z państwa członkowskiego Y do Europy Północnej, przy czym oba przedsiębiorstwa chcą jednocześnie utrzymać swoich obecnych klientów. W tym celu przedsiębiorstwa A i B planują zawrzeć umowę swapową, pozwalającą im na zakup uzgodnionej rocznej ilości produktu Z z zakładu drugiej ze stron w celu jego sprzedaży własnym klientom znajdującym się bliżej zakładu drugiej strony. Aby obliczyć cenę nabycia, która nie będzie bardziej korzystna dla jednej strony niż dla drugiej oraz w której zostaną uwzględnione we właściwy sposób różne koszty produkcji stron i różne kwoty oszczędności kosztów transportu, a także aby zapewnić uzyskanie odpowiedniej marży przez obie strony, strony te zgadzają się na wzajemne ujawnienie danych na temat ich głównych kosztów w odniesieniu do produktu Z (tj. kosztów produkcji i kosztów transportu).

Analiza: fakt, że przedsiębiorstwa A i B, będące konkurentami, dokonują wzajemnej wymiany części wyprodukowanych towarów sam w sobie nie wywołuje problemów w zakresie konkurencji. W planowanej umowie przewiduje się jednak wymianę danych na temat ponoszonych przez strony kosztów produkcji i transportu w odniesieniu do produktu Z. Ponadto przedsiębiorstwa A i B mają silną łączną pozycję rynkową na dość skoncentrowanym rynku jednolitego produktu towarowego. W związku z tym, że względu na szeroko zakrojoną wymianę informacji na temat jednego z najważniejszych parametrów konkurencji w odniesieniu do produktu Z, istnieje prawdopodobieństwo, że umowa swapowa między przedsiębiorstwami A i B wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, ponieważ może prowadzić do powstania zмовы. Chociaż porozumienie spowoduje znaczny przyrost wydajności w postaci oszczędności kosztów dla stron, ograniczenia konkurencji wynikające z porozumienia nie są niezbędne do osiągnięcia tego przyrostu wydajności. Strony mogą osiągnąć podobną oszczędność kosztów przez uzgodnienie formuły cenowej, która nie będzie wymagała ujawniania ich kosztów produkcji i transportu. W związku z tym umowa swapowa w swojej obecnej postaci nie spełnia kryteriów określonych w art. 101 ust. 3.

4. POROZUMIENIA O ZAKUPACH

4.1. Wprowadzenie

311. Przedmiotem niniejszego rozdziału są porozumienia dotyczące wspólnych zakupów produktów dokonywanych przez kilka przedsiębiorstw. Wspólne zakupy mogą być dokonywane za pośrednictwem wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa, przez przedsiębiorstwo, w którym różne przedsiębiorstwa mają udziały mniejszościowe, przez spółdzielnię lub spółdzielnię spółdzielni, w ramach porozumienia umownego lub nawet w ramach swobodniejszych form współpracy, na przykład jeden nabywca lub negocjator reprezentujący grupę nabywców (wszystkie te formy będą łącznie zwane „porozumieniami o wspólnych zakupach”).

312. Porozumienia o wspólnych zakupach można znaleźć w różnych sektorach gospodarki; obejmują one łączenie działań zakupowych. Mogą polegać na łączeniu faktycznych zakupów dokonywanych w ramach porozumienia o wspólnych zakupach. Mogą one również ograniczać się do wspólnego negocjowania ceny zakupu, pewnych elementów ceny lub innych warunków, podczas gdy faktyczne zakupy, zgodnie ze wspólnie wynegocjowanymi ceną i warunkami, pozostają w gestii poszczególnych członków porozumienia. Porozumienie o wspólnych zakupach może również obejmować podejmowanie dodatkowych działań, takich jak wspólna dystrybucja, kontrola jakości i magazynowanie, co pozwala uniknąć powielania kosztów dostawy. W zależności od sektora nabywca może konsumować produkty lub wykorzystywać je jako środki do własnej działalności, np. energię lub nawozy. Grupy potencjalnych licencjodawców mogą również wspólnie negocjować z licencjodawcami umowy licencyjne dotyczące patentów niezbędnych do spełnienia normy w celu wykorzystania tej technologii w swoich produktach (czasami określane jako grupy negocjacyjne ds. licencji). W sektorze dystrybucji nabywcy mogą po prostu odsprzedawać produkty, takie jak np. dobra szybko zbywalne, elektronika użytkowa czy inne dobra konsumpcyjne. Te ostatnie grupy nabywców, składające się z niezależnych sprzedawców detalicznych, sieci handlowych lub grup sprzedawców detalicznych, określa się zwykle mianem „aliansów detalicznych”¹⁷⁶.
313. Celem porozumień o wspólnych zakupach jest zazwyczaj stworzenie takiej siły nabywczej wobec dużych dostawców, której poszczególni członkowie porozumienia o wspólnych zakupach nie osiągnęliby, działając osobno, a nie wspólnie. Ich ocena koncentruje się zatem głównie na rynku zakupu, na którym w ramach porozumienia o wspólnych zakupach kumuluje się siła nabywcza członków porozumienia i prowadzone są negocjacje z dostawcami lub dokonywane są u nich zakupy. Siła nabywcza porozumienia o wspólnych zakupach może prowadzić do niższych cen, większej różnorodności lub wyższej jakości produktów i usług dla konsumentów. Przedsiębiorstwa mogą również angażować się w porozumienia o wspólnych zakupach, jeśli pozwala im to zapobiegać niedoborom lub rozwiązywać problemy związane z zakłóceniami w produkcji niektórych produktów, a tym samym uniknąć przerw w łańcuchu dostaw. Siła nabywcza może jednak w pewnych okolicznościach spowodować także problemy w zakresie konkurencji, jak określono poniżej w sekcji 4.2.3.
314. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą obejmować porozumienia horyzontalne i porozumienia wertykalne. W takich przypadkach należy przeprowadzić analizę dwuetapową. Po pierwsze, porozumienia horyzontalne między konkurującymi przedsiębiorstwami biorącymi udział we wspólnych zakupach lub decyzje podejmowane przez związek przedsiębiorstw muszą być oceniane zgodnie z zasadami przedstawionymi w niniejszych wytycznych. Jeżeli taka ocena prowadzi do wniosku, że porozumienie o wspólnych zakupach nie wywołuje problemów w zakresie konkurencji, konieczne będzie przeprowadzenie dalszej oceny w celu zbadania odpowiednich porozumień wertykalnych między porozumieniem o wspólnych zakupach a danym jego członkiem i między porozumieniem o wspólnych zakupach a dostawcami. Ta druga z ocen zostanie przeprowadzona zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych

¹⁷⁶

Zob. Colen, L., Bouamra-Mechemache. Z., Daskalova, V., Nes, K., Retail alliances in the agricultural and food supply chain [„Alianse detaliczne w łańcuchu dostaw produktów rolnych i żywności”], EUR 30206 EN, Komisja Europejska, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271.

w przypadku ograniczeń wertykalnych i wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych. Porozumienia wertykalne, które nie są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych, nie są uznawane za niezgodne z prawem, ale wymagają przeprowadzenia indywidualnego badania.

4.2. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

4.2.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

315. Porozumienia o zakupach mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję na rynkach zakupu wyższego szczebla lub rynkach zbytu niższego szczebla, takie jak podwyższone ceny, zmniejszona sprzedaż, niższa jakość i mniejsze zróżnicowanie produktów lub ograniczone innowacje, podział rynku lub antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku dla innych możliwych nabywców.

4.2.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

316. Porozumienia o wspólnych zakupach zwykle nie stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jeżeli faktycznie dotyczą wspólnych zakupów, tj. jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach obejmuje wspólne negocjacje i zawarcie porozumienia, w imieniu jego członków, z dowolnym dostawcą w odniesieniu do jednego lub większej liczby warunków handlowych. Takie porozumienia należy odróżnić od karteli nabywców, tj. porozumień lub praktyk uzgodnionych przez co najmniej dwóch nabywców, zmierzających do:

- a) koordynowania podejmowanych przez tych nabywców zachowań konkurencyjnych na rynku lub do wpływania na istotne czynniki konkurencji poprzez stosowanie praktyk, takich jak – choć niewyłącznie – ustalanie lub koordynowanie cen zakupu lub ich elementów (uwzględniając porozumienia o ustaleniu płac lub niepłaceniu ceny za produkt) lub innych warunków handlowych, przydział kwot produkcji, podział rynków i dostawców oraz
- b) wpływania na indywidualne negocjacje tych nabywców z dostawcami lub indywidualne zakupy od dostawców, na przykład poprzez koordynację strategii negocjacji cenowych nabywców lub wymianę informacji na temat statusu takich negocjacji z dostawcami.

317. Kartele nabywców mają na celu zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym¹⁷⁷, co jest sprzeczne z art. 101 ust. 1 lit. a)¹⁷⁸. W ramach kartelu nabywcy koordynują między sobą swoje zachowania pod kątem swojej indywidualnej interakcji z dostawcą na rynku zakupu. Jeżeli nabywcy mają indywidualne relacje z dostawcami, powinni podejmować decyzje o zakupie niezależnie od siebie, nie eliminując strategicznej niepewności między sobą poprzez porozumienia i praktyki uzgodnione ani nie zwiększając sztucznie przejrzystości swoich przyszłych zachowań na rynku. Oczywiście nie zachodzi to wówczas, gdy nabywcy najpierw ustalają cenę zakupu między sobą, a następnie każdy z nabywców indywidualnie prowadzi negocjacje z dostawcą i dokonuje u niego zakupu.

¹⁷⁷ Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., Campine, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, pkt 297.

¹⁷⁸ Zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 37; wyrok z dnia 13 grudnia 2006 r. dotyczący francuskiej wołowiny, sprawy połączone T-217/03 i T-245/03, EU:T:2006:391, pkt 83 i nast.

318. Kartel nabywców może również zaistnieć, gdy nabywcy zgodzą się na wymianę między sobą szczególnie chronionych informacji handlowych na temat swoich indywidualnych zamiarów zakupu lub negocjacji z dostawcami, poza jakimkolwiek faktycznym porozumieniem o wspólnych zakupach, które ma charakter współdziałania zbiorowego z dostawcami w imieniu jego członków¹⁷⁹. Dotyczy to w szczególności wymiany informacji między nabywcami odnośnie do cen zakupu (ceny maksymalne, minimalne rabaty i inne aspekty cen), które mają być płacone, warunków, źródeł dostaw (zarówno pod względem dostawców, jak i terytoriów), wielkości i ilości, jakości lub innych parametrów konkurencji (np. harmonogramu, dostawy i innowacji).
319. Poniższy niewyczerpujący wykaz czynników może pomóc przedsiębiorstwom w ocenie, czy porozumienie, którego są stroną wraz z innymi nabywcami, nie stanowi kartelu nabywców. Czynniki te należy oceniać indywidualnie dla każdego przypadku:
- a) porozumienie o wspólnych zakupach wyraźnie wskazuje dostawcom, że w ramach porozumienia wspólnie negocjuje się warunki indywidualnych zakupów jego członków, które są dla nich wiążące, lub dokonuje się wspólnie zakupów na ich rzecz. Nie wymaga to, aby porozumienie o wspólnych zakupach ujawniało dokładną tożsamość członków, w szczególności gdy są oni małymi lub średnimi przedsiębiorstwami podejmującymi się współdziałania z dużymi dostawcami. Pośrednia wiedza po stronie dostawców na temat istnienia porozumienia o wspólnych zakupach, na przykład uzyskana od osób trzecich lub z doniesień prasowych, prawdopodobnie nie zostanie jednak uznana za wystarczającą¹⁸⁰;
 - b) strony porozumienia o wspólnych zakupach określiły formę współpracy, jej zakres i funkcjonowanie w pisemnej umowie, tak by można było zweryfikować *ex post* jej zgodność z art. 101 ust. 1 i porównać ją z funkcjonowaniem porozumienia o wspólnych zakupach w praktyce. Pisemna umowa nie może jednak chronić porozumienia przed kontrolą zgodnie z prawem konkurencji.
320. Kartel nabywców, pod warunkiem że wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi, stanowi – z uwagi na swój charakter i bez względu na to, jakie są jego konkretne skutki – odczuwalne ograniczenie konkurencji¹⁸¹. W związku z tym ocena karteli nabywców, w przeciwieństwie do porozumień o wspólnych zakupach, nie wymaga określenia rynku lub rynków właściwych, uwzględnienia pozycji rynkowej nabywców na rynku zakupu wyższego szczebla ani tego, czy konkurują oni na rynku zbytu niższego szczebla.
321. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą również prowadzić do ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jeżeli służą jako narzędzie do udziału w ukrytym kartelu, tj. porozumieniu między nabywcami ustalającym ceny, ograniczającym

¹⁷⁹ Zob. rozdział 6 dotyczący wymiany informacji, a w szczególności sekcja 6.2.6, która również dotyczy wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych między nabywcami.

¹⁸⁰ Tajność nie jest jednak warunkiem stwierdzenia istnienia kartelu nabywców. Komisja nakładała już sankcje na kartele nabywców, które nie działały całkowicie w tajemnicy, a przynajmniej na początku funkcjonowały w stosunkowo przejrzysty sposób. Zob. decyzja Komisji 2003/600/WE z dnia 2 kwietnia 2003 r. w sprawie francuskiej wołowiny, Dz.U. L 209 z 19.8.2003, s. 12.

¹⁸¹ Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 37.

produkcję lub dokonującym podziału rynków lub klientów na rynku lub rynkach zbytu niższego szczebla.

322. Porozumienie o wspólnych zakupach między grupą nabywców, które ma na celu wykluczenie faktycznego lub potencjalnego konkurenta z tego samego poziomu rynku zbytu, kwalifikuje się jako zbiorowy bojkot i stanowi również ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

4.2.3. *Skutki ograniczające konkurencję*

323. Porozumienia o wspólnych zakupach, w ramach których nabywcy wspólnie wchodzi w interakcje z dostawcami za pośrednictwem porozumienia, należy analizować pod kątem ich faktycznego i prawdopodobnego wpływu na konkurencję w ich kontekście prawnym i gospodarczym. Analiza skutków ograniczających konkurencję wywołanych przez porozumienie o wspólnych zakupach musi obejmować negatywne skutki zarówno dla rynku lub rynków zakupu, na których porozumienie o wspólnych zakupach wchodzi w interakcje z dostawcami, jak i dla rynku lub rynków zbytu, na których strony porozumienia o wspólnych zakupach mogą konkurować jako sprzedawcy.

324. Jednak zasadniczo prawdopodobieństwo tego, że porozumienia o wspólnych zakupach spowodują problemy w zakresie konkurencji jest mniejsze, jeżeli strony nie mają władzy rynkowej na rynku zbytu (rynkach zbytu).

325. Niektóre ograniczenia umowne nałożone na członków porozumienia o wspólnych zakupach mogą nie ograniczać konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, a nawet mieć korzystny wpływ na konkurencję, jeżeli są one ograniczone do tego, co jest obiektywnie konieczne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania tego porozumienia i korzystania z jego siły nabywczej względem dostawców¹⁸². Dotyczy to na przykład zakazu uczestnictwa stron porozumienia o wspólnych zakupach w innych konkurencyjnych porozumieniach w zakresie, w jakim mogłoby to zagrozić działalności i sile nabywczej tego porozumienia. Natomiast zobowiązania do wyłącznego zakupu, zgodnie którymi członkowie porozumienia o wspólnych zakupach są zobowiązani do zaspokajania całości lub większości swoich potrzeb zakupowych za pośrednictwem porozumienia, mogą mieć negatywny wpływ na konkurencję i wymagać oceny w świetle ogólnych skutków porozumienia o wspólnych zakupach.

4.2.3.1. *Rynki właściwe*

326. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą wpływać na dwa rodzaje rynków. Po pierwsze na rynki, których porozumienie o wspólnych zakupach bezpośrednio dotyczy, tj. rynek właściwy lub rynki właściwe zakupu, na których strony negocjują z dostawcami lub od nich kupują. Po drugie na rynki zbytu, tj. rynki niższego szczebla, na których strony porozumienia o wspólnych zakupach prowadzą działalność jako sprzedawcy.

327. Definicja rynków właściwych zakupu jest zgodna z zasadami przedstawionymi w obwieszczeniu w sprawie definicji rynku i wszelkimi przyszłymi wytycznymi dotyczącymi definicji rynków właściwych na potrzeby unijnego prawa konkurencji i opiera się na pojęciu substytucyjności do celów określania presji konkurencyjnej. Jediną różnicą między powyższą definicją a definicją „rynków zbytu” jest

¹⁸² Zob. wyrok z dnia 15 grudnia 1994 r., Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, pkt 34.

konieczność określania substytucyjności z punktu widzenia podaży, a nie z punktu widzenia popytu. Innymi słowy decydujące w określaniu presji konkurencyjnej wywieranej na nabywców są alternatywne rozwiązania, jakimi dysponują dostawcy. Możliwe jest na przykład przeanalizowanie tych alternatywnych rozwiązań poprzez badanie reakcji dostawców na niewielkie, ale utrzymujące się obniżenie cen. Po zdefiniowaniu rynku udział w rynku można obliczyć jako procentowy udział zakupów dokonywanych przez strony w całkowitej sprzedaży zakupionego produktu lub produktów na rynku właściwym.

328. Jeżeli ponadto strony są konkurentami na co najmniej jednym rynku zbytu, rynki te są także uwzględniane w ocenie. Rynki zbytu muszą być definiowane za pomocą metodyki przedstawionej w obwieszczeniu w sprawie definicji rynku oraz wszelkich przyszłych wytycznych dotyczących definicji rynków właściwych na potrzeby unijnego prawa konkurencji.

4.2.3.2. Władza rynkowa

329. Nie istnieje żaden bezwzględny próg, powyżej którego można by zakładać, że strony porozumienia o wspólnych zakupach posiadają władzę rynkową, która sprawia, że porozumienie o wspólnych zakupach może wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W większości przypadków istnienie władzy rynkowej jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynku lub rynkach zakupu nieprzekraczający 15 % oraz łączny udział w rynku lub rynkach zbytu także nieprzekraczający 15 %. W każdym razie, jeżeli łączne udziały stron zarówno w rynku lub rynkach zakupu, jak i w rynku lub rynkach zbytu nie przekraczają 15 %, istnieje prawdopodobieństwo, że warunki określone w art. 101 ust. 3 są spełnione.
330. Udział w rynku powyżej tego progu na jednym rynku lub obu tych rynkach nie wskazuje automatycznie na prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach wywoła skutki ograniczające konkurencję. Porozumienie o wspólnych zakupach, w ramach którego łączny udział w rynku przekracza ten próg, wymaga przeprowadzenia szczegółowej oceny jego skutków dla rynku, obejmującej czynniki takie jak – choć niewyłącznie – koncentracja na rynku, ocena marży zysku i ewentualna równoważąca pozycja silnych dostawców.
331. Jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach mają na rynku zakupu znaczną siłę nabywczą, istnieje ryzyko, że zaszkodzą one konkurencji na rynku wyższego szczebla, co ostatecznie może również zaszkodzić konkurencji z punktu widzenia konsumentów na rynku niższego szczebla. Na przykład wspólnie wykorzystywana siła nabywczą może zaszkodzić zachętom inwestycyjnym i zmusić dostawców do ograniczenia asortymentu lub obniżenia jakości produkowanych przez nich produktów. Może to spowodować skutki ograniczające konkurencję, takie jak obniżenie jakości, porzucanie działań w zakresie innowacji lub ostatecznie podaż na poziomie poniżej wielkości optymalnej.
332. Ryzyko, że porozumienie o wspólnych zakupach może zniechęcać do inwestycji lub innowacji przynoszących korzyści konsumentom, może być większe w przypadku dużych nabywców, którzy wspólnie dokonują znacznej części zakupów – w szczególności w kontaktach z małymi dostawcami. Tacy dostawcy mogą być szczególnie narażeni na zmniejszenie zysków w związku z porozumieniem o wspólnych zakupach obejmującym znaczący udział w rynku lub rynkach zakupu, zwłaszcza gdy mali dostawcy dokonali określonych inwestycji w celu realizacji dostaw dla członków porozumienia o wspólnych zakupach. Wystąpienie skutków

ograniczających konkurencję będzie mniej prawdopodobne, jeżeli dostawcy mają na rynku lub rynkach zakupu znaczną równoważącą siłę sprzedaży (która niekoniecznie oznacza dominację), na przykład dlatego, że sprzedają oni produkty lub usługi, których nabywcy potrzebują, aby móc konkurować na rynku lub rynkach zbytu niższego szczebla.

333. Na przykład porozumienie między członkami porozumienia o wspólnych zakupach polegające na tym, aby nie kupować już produktów od niektórych dostawców, ponieważ ich produkty są niezrównoważone, a członkowie porozumienia o wspólnych zakupach chcą kupować tylko zrównoważone produkty, może prowadzić do ograniczenia konkurencji pod względem ceny i wyboru. Ze względu na treść, cele oraz kontekst prawny i ekonomiczny¹⁸³ takiego porozumienia jego celem nie jest zasadniczo wykluczenie z rynku zakupu dostawców wytwarzających niezrównoważone produkty. W takich okolicznościach skutki ograniczające konkurencję wynikające z porozumienia o wspólnych zakupach, polegające na nabywaniu wyłącznie zrównoważonych produktów, należy oceniać, biorąc pod uwagę w szczególności charakter produktów, pozycję rynkową nabywców i pozycję rynkową dostawców. W tym kontekście istotne będzie rozważenie, czy zainteresowani dostawcy mają innych klientów niż klienci będący stroną porozumienia o wspólnych zakupach (w tym klientów na innych rynkach) lub czy mogą łatwo podjąć decyzję o rozpoczęciu również produkcji zrównoważonych produktów.
334. Siła nabywcza stron porozumienia o wspólnych zakupach może również zostać wykorzystana do zamknięcia dostępu do rynku dla konkurujących nabywców z rynku zakupów przez ograniczenie ich dostępu do dostawców, z którymi współpraca jest opłacalna, i wymaga oceny skutków ograniczających konkurencję wywołanych przez porozumienie. Jest to najbardziej prawdopodobne, jeżeli jest tylko ograniczona liczba dostawców oraz istnieją bariery wejścia na rynek zakupu wyższego szczebla po stronie podaży. Natomiast porozumienie o wspólnych zakupach między grupą nabywców, które ma na celu wykluczenie faktycznego lub potencjalnego konkurenta z tego samego poziomu rynku zbytu, kwalifikuje się jako zbiorowy bojkot i stanowi również ograniczenie konkurencji ze względu na cel.
335. Jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na rynku niższego szczebla, zachęty do prowadzenia konkurencji cenowej na rynku lub rynkach zbytu niższego szczebla mogą ulec poważnemu ograniczeniu w przypadku wspólnego nabywania przez nich znaczącej części ich produktów. Po pierwsze, w przypadku gdy strony posiadają wspólnie na rynku lub rynkach zbytu znaczny stopień władzy rynkowej (która niekoniecznie oznacza dominację), może istnieć mniejsze prawdopodobieństwo, że korzyści z niższych cen nabycia uzyskane w ramach porozumienia o wspólnych zakupach zostaną przeniesione na konsumentów. Po drugie, im wyższy łączny udział nabywców w rynku zbytu niższego szczebla, tym większe ryzyko, że koordynacja zakupów na rynku wyższego szczebla może również prowadzić do koordynacji zbytu na rynku niższego szczebla. Ryzyko to jest szczególnie wysokie, jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach ogranicza zdolność jego członków do niezależnego nabywania dodatkowych ilości materiałów wejściowych na rynku zakupu (lub zniechęca do takiego nabywania) za pośrednictwem porozumienia

¹⁸³

Zob. sekcja 1.2.4 powyżej.

o wspólnych zakupach albo poza nim. Zobowiązanie, zgodnie z którym członkowie porozumienia o wspólnych zakupach zaspokajają całość lub większość swoich potrzeb za pośrednictwem porozumienia, wymaga oceny skutków porozumienia o wspólnych zakupach. W takiej ocenie uwzględnia się w szczególności zakres zobowiązania, udział porozumienia o wspólnych zakupach w rynku zbytu oraz stopień koncentracji dostawców na rynku zakupu, a także to, czy takie zobowiązanie jest konieczne w celu zapewnienia wystarczająco silnej pozycji negocjacyjnej porozumienia wobec silnych dostawców.

336. W kontekście oceny tego, czy strony porozumienia o wspólnych zakupach mają siłę nabywczą, ważna jest liczba i intensywność powiązań (np. inne porozumienia o zakupach) między konkurentami na rynku zakupu.
337. Jeżeli jednak konkurujący nabywcy, którzy współpracują ze sobą, nie prowadzą działalności na tym samym rynku właściwym zbytu (np. sprzedawcy detaliczni, którzy prowadzą działalność na różnych rynkach geograficznych i nie mogą być uznani za potencjalnych konkurentów), jest mniej prawdopodobne, że porozumienie o wspólnych zakupach wywoła skutki ograniczające konkurencję na rynku zbytu. Takie porozumienie o wspólnych zakupach z uczestnikami, którzy nie prowadzą działalności na tym samym rynku zbytu, może jednak z większym prawdopodobieństwem wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli ich pozycja na rynkach zakupu jest tak znacząca, że może zaszkodzić mechanizmowi konkurencji w odniesieniu do innych uczestników rynków zakupu (np. przez znaczące osłabienie zachęt inwestycyjnych na rynkach wyższego szczebla).

4.2.3.3. Zmowa

338. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą prowadzić do powstania zmowy, jeżeli ułatwiają koordynację zachowań stron na rynku zbytu, na którym są one faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Taka sytuacja może mieć w szczególności miejsce w przypadku, gdy struktura rynku zbytu sprzyja zmowie (np. dlatego, że rynek jest skoncentrowany i charakteryzuje się znacznym poziomem przejrzystości). Prawdopodobieństwo wystąpienia zmowy jest również większe, jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach obejmuje znaczną liczbę przedsiębiorstw na rynku zbytu i wykracza poza zwykłe wspólne negocjowanie warunków zakupu (np. przez ustalanie wielkości zakupu członków porozumienia), ograniczając w ten sposób znacznie możliwości konkurowania na rynku zbytu przez strony porozumienia.
339. Zmowa może również zostać ułatwiona w przypadku, w którym strony osiągają wysoki stopień uwspólnienia kosztów w ramach wspólnych zakupów, pod warunkiem że strony mają władzę rynkową na rynku zbytu, a cechy rynku sprzyjają koordynacji.
340. Wystąpienie skutków ograniczających konkurencję jest bardziej prawdopodobne w przypadku znacznych wspólnych kosztów zmiennych na rynku zbytu ponoszonych przez strony porozumienia o wspólnych zakupach. Ma to miejsce na przykład w przypadku, w którym detaliści prowadzący działalność na tym samym detalicznym rynku właściwym (tych samych detalicznych rynkach właściwych) wspólnie kupują znaczną ilość produktów przeznaczanych następnie do sprzedaży. Może to mieć miejsce również w przypadku, w którym konkurujący producenci i sprzedawcy produktu końcowego wspólnie kupują dość dużą część swoich materiałów wejściowych.

341. Wdrożenie porozumienia o wspólnych zakupach może wymagać wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych, takich jak dane na temat cen (lub ich części) i wielkości zakupów. Wymiana takich informacji może ułatwiać koordynację w odniesieniu do cen sprzedaży oraz w odniesieniu do produkcji i tym samym prowadzić do powstania zмовы na rynkach zbytu. Skutki uboczne wynikające z wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych można na przykład zminimalizować, jeżeli dane są porównywane przez porozumienie o wspólnych zakupach, które nie przekazuje informacji swoim członkom, wprowadzając techniczne lub praktyczne środki ochrony ich poufności. Ponadto udział przedsiębiorstwa w kilku porozumieniach o wspólnych zakupach nie powinien prowadzić do antykonkurencyjnej wymiany informacji lub innych rodzajów koordynacji między poszczególnymi porozumieniami o zakupach.
342. Wszelkie skutki dla konkurencji wynikające z wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych będą oceniane w świetle ogólnych skutków porozumienia o wspólnych zakupach, pod warunkiem że taka wymiana jest niezbędna do funkcjonowania porozumienia o wspólnych zakupach. Prawdopodobieństwo wywołania skutków ograniczających konkurencję przez wymianę informacji w kontekście porozumienia o wspólnych zakupach należy również oceniać zgodnie z wytycznymi zawartymi w rozdziale 6. Jeżeli wymiana informacji nie wykracza poza dzielenie się danymi niezbędnymi do celów dokonywania wspólnych zakupów produktów przez strony porozumienia o wspólnych zakupach, prawdopodobieństwo spełnienia przez porozumienie kryteriów art. 101 ust. 3 jest większe niż w przypadku wymiany danych wykraczającej poza to, co jest konieczne do dokonywania wspólnych zakupów, nawet jeżeli wymiana informacji wywiera skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.
343. Przy negocjowaniu warunków z dostawcami porozumienie o wspólnych zakupach może grozić dostawcom przerwaniem negocjacji lub czasowym wstrzymaniem zakupów, jeżeli nie zostaną zaoferowane lepsze warunki lub niższe ceny. Takie groźby są zwykle częścią procesu negocjacji i mogą być działaniem zbiorowym nabywców, gdy negocjacje prowadzi porozumienie o wspólnych zakupach. Silni dostawcy mogą w ramach negocjacji z nabywcami stosować podobne groźby w celu wstrzymania negocjacji lub dostaw produktów. Takie groźby zazwyczaj nie stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel, a wszelkie negatywne skutki wynikające z takich zbiorowych groźb nie będą oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia o wspólnych zakupach. Przykładem takich groźb negocjacyjnych jest czasowe wstrzymanie przez członków aliansu detalicznego zamawiania od dostawcy określonych produktów, wybranych przez każdego z członków indywidualnie dla własnych sklepów, w trakcie negocjacji dotyczących warunków przyszłej umowy dostawy¹⁸⁴. Takie czasowe wstrzymanie może spowodować, że produkty wybrane przez indywidualnych członków aliansu będą niedostępne na półkach sklepowych przez określony czas, a mianowicie do momentu, gdy alians detaliczny i dostawca uzgodnią warunki przyszłych dostaw.

¹⁸⁴ Czasowe wstrzymanie przez detalistów realizacji zamówień na niektóre produkty od dostawców należy odróżnić od tak zwanej „rezygnacji z określonych produktów”, czyli działania, w ramach którego detalista na stałe usuwa ze swojego asortymentu niektóre produkty dostawcy i rezygnuje z przeznaczonego na nie miejsca na półkach.

4.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

4.3.1. Przyrost wydajności

344. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą być źródłem znacznego przyrostu wydajności. W szczególności porozumienia te mogą umożliwić uzyskanie oszczędności kosztów w postaci niższych cen nabycia lub zmniejszonych kosztów transakcji, transportu i przechowywania, ułatwiając w ten sposób osiągnięcie korzyści skali. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą ponadto powodować przyrost wydajności jakościowej poprzez zachęcanie dostawców do pracy nad innowacyjnymi rozwiązaniami i do wprowadzania na rynek nowych lub ulepszonych produktów. Taka wydajność jakościowa może przynieść korzyści konsumentom, ograniczając zależności i pozwalając uniknąć niedoborów dzięki bardziej odpornym łańcuchom dostaw oraz przyczyniając się do większej odporności rynku wewnętrznego.

4.3.2. Niezbędność

345. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności wynikającego z porozumienia o zakupach, nie spełniają kryteriów określonych w art. 101 ust. 3. Zobowiązanie do dokonywania zakupów lub negocjowania wyłącznie w ramach porozumienia o wspólnych zakupach może w niektórych przypadkach być konieczne do osiągnięcia stopnia siły nabywczej lub wielkości zakupów niezbędnych do osiągnięcia korzyści skali. Takie zobowiązanie musi być jednak oceniane w kontekście indywidualnego przypadku.

4.3.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

346. Korzyści z przyrostu wydajności, w postaci m.in. przyrostu wydajności zakupów skutkującej oszczędnością kosztów lub wydajności jakościowej w formie wprowadzenia na rynek nowych lub ulepszonych produktów, osiągnięte dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie o wspólnych zakupach. W związku z tym oszczędność kosztów czy też inne formy korzyści z przyrostu wydajności nie mogą stanowić korzyści jedynie dla stron porozumienia o wspólnych zakupach. Oszczędność kosztów należy przenieść na klientów stron, tj. na konsumentów. W przypadku niższych kosztów zakupu przeniesienie korzyści na konsumentów może mieć postać niższych cen na rynku lub rynkach zbytu.

347. Przedsiębiorstwa mają zwykle motywację, aby przenieść na swoich klientów przynajmniej część obniżenia kosztów zmiennych. Wyższa marża zysku wynikająca z obniżenia kosztów zmiennych stanowi dla przedsiębiorstw istotną zachętę handlową do rozszerzenia produkcji przez obniżanie cen. Członkowie porozumienia o wspólnych zakupach, którzy wspólnie mają znaczącą pozycję rynkową na rynku lub rynkach zbytu, mogą być jednak mniej skłonni do przenoszenia obniżek kosztów zmiennych na konsumentów. Ponadto przeniesienie na konsumentów czystych obniżek kosztów stałych (takich jak płatności ryczałtowe dokonywane przez dostawców) może być mało prawdopodobne, ponieważ zwykle nie stanowią one dla przedsiębiorstw zachęty do rozszerzenia produkcji. Konieczna jest zatem staranna ocena konkretnego porozumienia o wspólnych zakupach, aby stwierdzić, czy stwarza ono zachętę gospodarczą do rozszerzenia produkcji i tym samym przeniesienia na

konsumentów obniżek kosztów lub przyrostu efektywności¹⁸⁵. Ponadto niższe ceny sprzedaży płacone przez konsumentów są szczególnie mało prawdopodobne, jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach ogranicza zdolność jego członków do niezależnego nabywania dodatkowych ilości (lub zniechęca do takiego nabywania) w ramach porozumienia o wspólnych zakupach albo poza nim. W rzeczywistości porozumienia o wspólnych zakupach, które ograniczają niezależne zamawianie przez ich członków dodatkowych ilości, stanowią zachętę do podnoszenia cen sprzedaży. Dzieje się tak dlatego, że wspólne ograniczanie zakupu produktów wejściowych może również skutkować ograniczeniem wielkości sprzedaży na rynku lub rynkach zbytu.

4.3.4. Nieeliminowanie konkurencji

348. Kryteria zawarte w art. 101 ust. 3 nie mogą zostać spełnione, jeżeli strony zyskują możliwość eliminowania konkurencji w stosunku do znaczącej części danych produktów. Powyższa ocena musi obejmować rynki zakupu oraz rynki zbytu.

4.4. Przykłady

349. Kartel nabywców

Przykład 1

Sytuacja: Wiele małych przedsiębiorstw prowadzi zbiórkę używanych telefonów komórkowych za pośrednictwem punktów sprzedaży detalicznej, do których są one zwracane po zakupie nowego telefonu komórkowego. Podmioty zbierające sprzedają zużyte telefony komórkowe przedsiębiorstwom zajmującym się recyklingiem, które wydobywają z nich cenne surowce, takie jak złoto, srebro i miedź, w celu ponownego użycia, co stanowi bardziej zrównoważoną alternatywę dla wydobycia rzemieślniczego. Pięć przedsiębiorstw zajmujących się recyklingiem, reprezentujących 12 % rynku zakupu używanych telefonów komórkowych, uzgodniło wspólną maksymalną cenę zakupu telefonu. Te pięć przedsiębiorstw zajmujących się recyklingiem informuje się również wzajemnie o dyskusjach dotyczących cen, prowadzonych przez nie indywidualnie z podmiotami zbierającymi używane telefony komórkowe, o ofertach składanych im przez podmioty zbierające oraz o cenie, jaką ostatecznie zgadzają się zapłacić tym podmiotom za telefon.

Analiza: Wszystkie pięć przedsiębiorstw zajmujących się recyklingiem jest stronami kartelu nabywców. Każde z nich indywidualnie negocjuje i dokonuje zakupu od podmiotów zbierających telefony komórkowe. Nie istnieje porozumienie o wspólnych zakupach, które reprezentowałoby nabywców wspólnie w negocjacjach z podmiotami zbierającymi lub przy zakupie od nich. Niezależnie od stosunkowo niewielkiego udziału tych przedsiębiorstw zajmujących się recyklingiem w rynku zakupu odpadów elektronicznych porozumienie między nimi kwalifikuje się jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel i nie wymaga definicji rynku ani oceny jego potencjalnych skutków dla rynku.

350. Wspólne negocjacje europejskiego aliansu detalicznego

¹⁸⁵ Np. rabat może mieć wprowadzić umowną formę ryczałtu, ale w rzeczywistości może być uzależniony od osiągnięcia przez nabywcę pewnych oczekiwanych celów sprzedaży podczas renegotiacji umowy w kolejnym roku.

Przykład 2

Sytuacja: Europejski alians detaliczny, którego członkami jest siedem dużych sieci handlowych, z których każda pochodzi z innego państwa członkowskiego, wspólnie negocjuje z dużym producentem marki wyrobów cukierniczych pewne dodatkowe warunki swojej przyszłej umowy na dostawy. Udział aliansu w rynku wynosi nie więcej niż 18 % na każdym rynku właściwym zakupu wyrobów cukierniczych, a udział w rynku każdego z członków aliansu wynosi 15–20 % na rynkach detalicznych w jego państwie członkowskim. Negocjacje dotyczą w szczególności dodatkowego rabatu od normalnej ceny katalogowej producenta w zamian za określone usługi promocyjne obejmujące siedem państw członkowskich, w których członkowie aliansu prowadzą działalność na rynku zbytu. Obie strony prowadzą twarde negocjacje, aby uzyskać jak najlepszą ofertę. Na pewnym etapie negocjacji alians detaliczny występuje z groźbami, a następnie postanawia czasowo wstrzymać zamawianie niektórych produktów u producenta, aby zwiększyć presję. Wdrażając tę decyzję, każdy członek aliansu indywidualnie decyduje, które produkty producenta przestaje zamawiać w okresie impasu w negocjacjach. Ostatecznie, po kolejnej rundzie negocjacji, producent i alians uzgadniają wysokość dodatkowego rabatu, który będzie miał zastosowanie do kolejnych indywidualnych zakupów dokonywanych przez członków aliansu, którzy wznowiają składanie zamówień na cały asortyment produktów u producenta.

Analiza: Europejski alians detaliczny kwalifikuje się jako porozumienie o wspólnych zakupach, nawet jeżeli wspólnie w imieniu swoich członków negocjuje z producentem jedynie niektóre warunki, na podstawie których członkowie dokonują indywidualnych zakupów pożądaných ilości. Krajowe sieci handlowe będące członkami aliansu nie prowadzą działalności na tych samych rynkach zbytu. W związku z tym jest mniej prawdopodobne, że porozumienie o wspólnych zakupach będzie miało skutki ograniczające konkurencję na rynku niższego szczebla w zakresie, w jakim będzie ono poddane wystarczającej presji konkurencyjnej ze strony konkurujących detalistów. Wszelkie negatywne skutki dla konkurencji producentów na rynku wyższego szczebla wynikające z dodatkowego rabatu (na przykład w zakresie innowacji wprowadzanych przez dostawców) należy oceniać w świetle ogólnych skutków porozumienia o wspólnych zakupach. Czasowe wstrzymanie zamówień nie wydaje się szkodliwe dla konsumentów w perspektywie krótkoterminowej, ponieważ istnieją inni konkurujący detaliści, od których konsumenci mogą nabyć te same produkty lub produkty mogące stanowić substytuty, a w perspektywie długoterminowej może przynieść im to korzyści w postaci niższych cen.

351. Wspólne zakupy dokonywane przez małe przedsiębiorstwa o umiarkowanym łącznym udziale w rynku

Przykład 3

Sytuacja: Stu pięćdziesięciu małych detalistów zawiera porozumienie o utworzeniu porozumienia o wspólnych zakupach. W ramach porozumienia są oni zobowiązani do zakupu minimalnej ilości, która odpowiada w przybliżeniu 50 % całkowitych kosztów każdego detalisty. Detaliści mogą w ramach porozumienia dokonywać zakupów przekraczających minimalną ilość, a także mogą kupować poza ramami współpracy. Ich łączny udział w rynku wynosi 23 % zarówno na rynkach zakupu, jak i zbytu. Przedsiębiorstwo A i przedsiębiorstwo B są dwoma dużymi konkurentami

członków porozumienia o wspólnych zakupach. Udział przedsiębiorstwa A w każdym ze wspomnianych rynków wynosi 25 %, zaś udział przedsiębiorstwa B wynosi 35 %. Nie istnieją bariery, które utrudniałyby utworzenie porozumienia o wspólnych zakupach także przez pozostałych mniejszych konkurentów. Dzięki dokonywaniu wspólnych zakupów w ramach porozumienia o wspólnych zakupach tych 150 detalistów osiąga znaczne oszczędności kosztów.

Analiza: Detaliści posiadają umiarkowaną pozycję rynkową na rynkach zakupu i rynkach zbytu. Ponadto wynikiem współpracy są pewne oszczędności skali. Mimo że detaliści osiągają wysoki stopień uwspólnienia kosztów, nie jest prawdopodobne uzyskanie przez nich władzy rynkowej na rynku zbytu ze względu na obecność na rynku przedsiębiorstw A i B, z których każde oddzielnie jest większe od grupy stanowiącej porozumienie o wspólnych zakupach. W związku z tym prawdopodobieństwo, że detaliści będą koordynować swoje zachowania i zawrą zмовę, jest niewielkie. Utworzenie porozumienia o wspólnych zakupach prawdopodobnie nie wywoła więc skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

352. Stopień uwspólnienia kosztów i władza rynkowa na rynku zbytu

Przykład 4

Sytuacja: Dwie sieci supermarketów zawierają porozumienie w celu dokonywania wspólnych zakupów produktów odpowiadających w przybliżeniu 80 % ich kosztów zmiennych. Strony posiadają łączne udziały w rynkach wynoszące 25-40 % na rynkach właściwych zakupu w odniesieniu do różnych kategorii produktów. Łączny udział stron w rynku właściwym zbytu wynosi 60 %, a czterech innych znaczących detalistów ma po 10 % udziału w rynku. Wejście na rynek nowego uczestnika jest mało prawdopodobne.

Analiza: Istnieje prawdopodobieństwo, że powyższe porozumienie o zakupach umożliwiłoby stronom koordynowanie ich zachowań na rynku zbytu, prowadząc w ten sposób do zмовы. Strony posiadają władzę rynkową na rynku zbytu, gdyż na tym rynku istnieje tylko kilku znacznie mniejszych konkurentów, a porozumienie o zakupach powoduje wysoki stopień uwspólnienia kosztów. Ponadto wejście na rynek nowego uczestnika jest mało prawdopodobne. Zachęta dla stron do koordynowania ich zachowania zostałaby wzmocniona, gdyby ich struktury kosztów były podobne już przed zawarciem porozumienia. Co więcej, podobne marże stron zwiększyłyby dodatkowo ryzyko zмовы. Takie porozumienie powoduje również ryzyko, że strony ograniczą popyt, na skutek czego, w związku z ograniczoną ilością, wzrosłyby ceny sprzedaży na rynku niższego szczebla. W związku z tym istnieje prawdopodobieństwo, że porozumienie o zakupach wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Chociaż jest bardzo prawdopodobne, że porozumienie przyczyni się do przyrostu wydajności w postaci oszczędności kosztów, to ze względu na znaczącą pozycję rynkową stron na rynku zbytu jest mało prawdopodobne, że korzyści z takiego przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję. W związku z tym jest mało prawdopodobne, by porozumienie o zakupach spełniało kryteria określone w art. 101 ust. 3.

353. Strony prowadzące działalność na różnych rynkach geograficznych

Przykład 5

Sytuacja: Sześciu dużych detalistów, z których każdy posiada siedzibę w innym państwie członkowskim, ustanawia porozumienie o wspólnych zakupach, aby wspólnie kupować szereg markowych produktów opartych na mące z pszenicy durum. Strony mogą kupować inne podobne produkty markowe poza ramami współpracy. Ponadto pięciu z tych detalistów oferuje podobne produkty pod własną marką. Członkowie porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w ogólnounijnym rynku właściwym zakupu wynoszący około 22 %. W rynku zakupu uczestniczy trzech innych dużych nabywców o podobnej wielkości. Każda ze stron porozumienia o wspólnych zakupach posiada wynoszący około 20–30 % udział w rynkach zbytu, na których prowadzi działalność i które są rynkami krajowymi. Żadna ze stron nie prowadzi działalności w państwie członkowskim, w którym działalność prowadzi inny członek grupy. Strony nie są potencjalnymi nowymi uczestnikami na poszczególnych rynkach innych stron.

Analiza: Porozumienie o wspólnych zakupach będzie zdolne do konkurowania z innymi dużymi nabywcami działającymi na rynku zakupu. Rynki zbytu są o wiele mniejsze (pod względem obrotów i zasięgu geograficznego) od ogólnounijnego rynku zakupu i na takich rynkach niektórzy członkowie porozumienia mogą mieć władzę rynkową. Nawet jeżeli członkowie porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynku zakupu wynoszący powyżej 15 %, jest mało prawdopodobne, aby strony koordynowały swoje zachowania oraz uczestniczyły w zмовie na rynkach zbytu, ponieważ nie są faktycznymi ani potencjalnymi konkurentami na rynkach niższego szczebla. Prawdopodobnie strony będą również przenosić obniżone ceny, o ile będą miały do czynienia ze znaczną konkurencją na rynkach zbytu. W rezultacie porozumienie o wspólnych zakupach prawdopodobnie nie wywoła skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

354. Wymiana informacji

Przykład 6

Sytuacja: Trzej konkurujący ze sobą producenci A, B i C powierzają niezależnemu porozumieniu o wspólnych zakupach zakup produktu Z, który jest półproduktem stosowanym przez wspomniane trzy strony do produkcji produktu końcowego X. Koszty produktu Z nie stanowią istotnego czynnika kosztowego w produkcji produktu X. Porozumienie o wspólnych zakupach nie konkuruje ze stronami na rynkach zbytu w odniesieniu do X. Wszystkie informacje niezbędne do dokonywania zakupów (np. specyfikacje jakościowe, ilości, terminy dostaw, maksymalne ceny nabycia) są ujawniane jedynie porozumieniu o wspólnych zakupach, nie ujawnia się ich natomiast pozostałym stronom. Porozumienie o wspólnych zakupach uzgadnia ceny nabycia z dostawcami. A, B i C posiadają łączny udział wynoszący 30 % w każdym z rynków zakupu i rynków zbytu. Mają sześciu konkurentów na rynkach zakupu i rynkach zbytu, z których dwóch posiada udział w rynku wynoszący 20 %.

Analiza: Ponieważ nie zachodzi bezpośrednia wymiana informacji między stronami, jest mało prawdopodobne, by przekazywanie informacji niezbędnych do celów zakupów w ramach porozumienia o wspólnych zakupach doprowadziło do powstania zмовy. W rezultacie wymiana informacji prawdopodobnie nie wywołuje skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

5. POROZUMIENIA O KOMERCJALIZACJI

5.1. Wprowadzenie

355. Porozumienia o komercjalizacji dotyczą współpracy między konkurentami w dziedzinie sprzedaży, dystrybucji lub promocji ich produktów substytucyjnych. Tego rodzaju porozumienia mogą mieć niezwykle różnorodny zakres w zależności od funkcji komercjalizacyjnych będących przedmiotem współpracy. Z jednej strony skali porozumienia o wspólnej sprzedaży mogą prowadzić do wspólnego decydowania o wszystkich aspektach handlowych związanych ze sprzedażą danego produktu, łącznie z ceną. Z drugiej zaś strony skali znajdują się porozumienia o bardziej ograniczonym zakresie, które dotyczą tylko jednej konkretnej funkcji komercjalizacyjnej, np. dystrybucji, świadczenia usług posprzedażnych lub reklamy.
356. Ważną kategorią tych porozumień o bardziej ograniczonym zakresie są porozumienia dystrybucyjne. VBER i wytyczne wertykalne zasadniczo obejmują porozumienia dystrybucyjne, chyba że strony porozumienia są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Jeżeli konkurenci zgodzą się dystrybuować swoje produkty substytucyjne (w szczególności jeżeli prowadzą takie działania na różnych rynkach geograficznych), w niektórych przypadkach istnieje ryzyko, że celem lub skutkiem tych porozumień będzie podział rynków między stronami lub że doprowadzą one do zмовy. Może to dotyczyć zarówno porozumień wzajemnych, jak i porozumień o charakterze niewzajemnym zawieranych między konkurentami, które należy zatem ocenić najpierw zgodnie z zasadami przedstawionymi w niniejszym rozdziale. Jeżeli ocena taka prowadzi do wniosku, że współpraca między konkurentami w dziedzinie dystrybucji byłaby w zasadzie możliwa do zaakceptowania, konieczna będzie dalsza ocena w celu zbadania ograniczeń wertykalnych obecnych w takich porozumieniach. Ten drugi etap oceny powinien opierać się na zasadach przedstawionych w wytycznych wertykalnych.
357. Jedynym wyjątkiem od tego dwuetapowego procesu, o którym mowa w poprzednim punkcie, są porozumienia dystrybucyjne o charakterze niewzajemnym między konkurentami, w przypadku których a) dostawca jest producentem, hurtownikiem lub importerem i dystrybutorem towarów, natomiast nabywca jest dystrybutorem, a nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na poziomie produkcji, sprzedaży hurtowej lub przywozu lub b) dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu, natomiast nabywca świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu, na którym nabywa usługi będące przedmiotem porozumienia, które są objęte VBER¹⁸⁶ i do których niniejsze wytyczne nie mają zastosowania. Pkt 48 zawiera dodatkowe wskazówki dotyczące ogólnego związku między niniejszymi wytycznymi a VBER i wytycznymi wertykalnymi.
358. Kolejnego rozróżnienia należy dokonać między porozumieniami, w których strony uzgadniają jedynie wspólną komercjalizację, a porozumieniami, w których komercjalizacja wiąże się z innego rodzaju współpracą na rynku wyższego szczebla, taką jak wspólna produkcja lub wspólne zakupy. W trakcie analizy porozumień o komercjalizacji łączących różne poziomy współpracy należy dokonać oceny zgodnie z pkt 6–7.

¹⁸⁶

Art. [...] rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych.

359. Do komercjalizacji produktów rolnych stosuje się przepisy szczegółowe. Art. 101 nie ma zastosowania do (i) komercjalizacji produktów rolnych za pośrednictwem uznanych organizacji producentów i zrzeszeń organizacji producentów¹⁸⁷ oraz (ii) niektórych porozumień o komercjalizacji, które nie dotyczą cen wspólnej sprzedaży i są zawierane między rolnikami i między ich zrzeszeniami¹⁸⁸, które podlegają szczególnym warunkom określonym w regulujących je przepisach. Ponadto istnieją przepisy szczegółowe dotyczące komercjalizacji mleka surowego¹⁸⁹.

5.2. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

5.2.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

360. Porozumienia o komercjalizacji mogą prowadzić do ograniczeń konkurencji na kilka sposobów. Po pierwsze i najbardziej oczywiste, porozumienia o komercjalizacji mogą prowadzić do ustalania cen.
361. Po drugie, porozumienia o komercjalizacji mogą również ułatwiać ograniczenie produkcji, ponieważ strony mogą decydować o ilości produktów wprowadzanych do obrotu, tym samym ograniczając podaż.
362. Po trzecie, porozumienia o komercjalizacji mogą stać się dla stron środkiem podziału rynków, zamówień lub klientów, na przykład w przypadku, gdy zakłady produkcyjne stron są zlokalizowane na różnych rynkach geograficznych lub gdy porozumienia są wzajemne.
363. Ponadto porozumienia o komercjalizacji mogą również prowadzić do wymiany strategicznych informacji odnoszących się do kwestii leżących w zakresie współpracy lub poza nią lub do uwspólnienia kosztów – w szczególności w odniesieniu do porozumień, które nie obejmują ustalania cen – co może skutkować złą złą.

5.2.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

364. Po pierwsze, porozumienia o komercjalizacji prowadzą do ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jeżeli służą jako narzędzie do udziału w ukrytym kartelu. W każdym razie ograniczać konkurencję ze względu na cel mogą zatem porozumienia o komercjalizacji obejmujące ustalanie cen, ograniczenia produkcji lub podział rynku.
365. Jednym z najważniejszych problemów w zakresie konkurencji wynikających z porozumień o komercjalizacji między konkurentami jest ustalanie cen. Porozumienia ograniczone do wspólnej sprzedaży i z reguły porozumienia o komercjalizacji obejmujące wspólne ustalanie cen zwykle prowadzą do koordynacji polityki cenowej konkurujących wytwórców lub usługodawców. Takie porozumienia mogą nie tylko eliminować konkurencję cenową między stronami w zakresie produktów substytucyjnych, lecz mogą także ograniczać całkowitą ilość produktów, jakie będą dostarczane przez strony w ramach systemu podziału zamówień. Istnieje zatem prawdopodobieństwo, że takie porozumienia będą ograniczać konkurencję ze względu na cel.

¹⁸⁷ Art. 152 ust. 1a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólną organizację rynków produktów rolnych, zmienionego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/2117 z dnia 2 grudnia 2021 r.

¹⁸⁸ Art. 209 tego samego rozporządzenia.

¹⁸⁹ Art. 149 tego samego rozporządzenia.

366. Ocena ta nie ulega zmianie, jeżeli porozumienie nie ma charakteru wyłącznego (tj. gdy strony mogą swobodnie sprzedawać indywidualnie poza porozumieniem), dopóki można stwierdzić, że dane porozumienie będzie prowadziło do koordynacji cen nakładanych przez strony na wszystkich lub na część ich klientów.
367. Podobnie, istotny problem w zakresie konkurencji, który może wynikać z porozumień o komercjalizacji, stanowią ograniczenia produkcji. Jeżeli strony porozumienia wspólnie decydują o ilości produktów, które mają być wprowadzone na rynek, dostępna podaż produktów objętych porozumieniem może zostać zmniejszona, co powoduje wzrost ich ceny. Każda ze stron porozumienia powinna w zasadzie samodzielnie decydować o zwiększeniu lub zmniejszeniu swojej produkcji w celu zaspokojenia popytu na rynku. Ryzyko ograniczenia produkcji jest mniejsze w przypadku porozumień o komercjalizacji niemających charakteru wyłącznego, tj. gdy stronom pozostawia się swobodę i faktyczną możliwość, aby indywidualnie zaspokajać ewentualny dodatkowy popyt, oraz o ile porozumienie nie doprowadzi do koordynacji polityki podaży stron.
368. Innym szczególnym problemem w zakresie konkurencji związanym z porozumieniami o komercjalizacji między stronami prowadzącymi działalność na różnych rynkach geograficznych lub wobec różnych kategorii klientów jest to, że mogą one stać się narzędziem do podziału rynku. W przypadku gdy strony stosują wzajemne porozumienie o komercjalizacji do wzajemnej dystrybucji produktów w celu eliminowania faktycznej lub potencjalnej konkurencji między nimi poprzez umyślny podział rynków lub klientów, jest prawdopodobne, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Jeżeli dane porozumienie nie ma charakteru wzajemnego, ryzyko podziału rynku jest mniejsze. Należy jednak ocenić, czy porozumienie o charakterze niewzajemnym stanowi podstawę obopólnego uzgodnienia mającego na celu unikanie wzajemnego wchodzenia na swoje rynki.

5.2.3. *Skutki ograniczające konkurencję*

369. Porozumienie o komercjalizacji, które nie ma charakteru ograniczającego konkurencję ze względu na cel, nadal może mieć skutki ograniczające konkurencję, które należy sprawdzić zgodnie z elementami wspomnianymi w pkt 37. W odniesieniu do skutków antykonkurencyjnych wynikających z porozumień o komercjalizacji można dodać następujące wyjaśnienia.
370. Aby ocenić ewentualne skutki ograniczające porozumienia o komercjalizacji, należy określić stosunek konkurencyjny między stronami na produktowym i geograficznym rynku właściwym lub rynkach właściwych, których bezpośrednio dotyczy współpraca (tj. rynku lub rynkach, do których należą produkty będące przedmiotem porozumienia). W porozumieniu o komercjalizacji głównym rynkiem, na który porozumienie wywiera wpływ, jest zasadniczo rynek, na którym strony porozumienia będą wspólnie komercjalizować produkty objęte porozumieniem. Jednak z uwagi na to, że porozumienie o komercjalizacji na jednym rynku może również wpływać na konkurencyjne zachowanie stron na rynkach sąsiednich, które są blisko związane z rynkiem bezpośrednio objętym współpracą, należy również określić każdy z takich rynków sąsiednich. Rynki sąsiednie mogą być horyzontalnie lub wertykalnie powiązane z rynkiem, na którym odbywa się współpraca.
371. W przypadkach gdy porozumienia o komercjalizacji między konkurentami nie mają charakteru ograniczającego konkurencję ze względu na cel, będą one miały skutki ograniczające konkurencję zasadniczo jedynie wówczas, gdy strony porozumienia posiadają pewien stopień władzy rynkowej, który należy oceniać, uwzględniając

także ewentualną równoważącą siłę nabywczą. W związku z tym w porozumieniach o komercjalizacji strony łączą (częściowo) swoją działalność związaną z rynkiem, z bezpośrednimi relacjami ze swoimi klientami. W przypadku wspólnej władzy rynkowej istnieje zatem na ogół odpowiedni stopień prawdopodobieństwa, że strony mają zdolność do podnoszenia cen lub ograniczania produkcji, jakości produktów, ich różnorodności lub innowacyjności. Bezpośrednie relacje z klientami zwiększają ryzyko wystąpienia antykonkurencyjnych skutków porozumienia.

372. Porozumienie o komercjalizacji zazwyczaj nie stwarza problemów w zakresie konkurencji, jeżeli jest obiektywnie konieczne, aby umożliwić jednej stronie wejście na rynek, na który nie byłaby w stanie wejść samodzielnie lub wspólnie z mniejszą liczbą stron niż liczba faktycznych uczestników współpracy, np. z powodu związanych z tym kosztów.
373. Kluczowym zagadnieniem przy ocenie wzajemnego porozumienia o komercjalizacji jest to, czy przedmiotowe porozumienie jest obiektywnie konieczne, aby strony mogły wzajemnie wejść na swoje rynki. Jeżeli jest konieczne, to dane porozumienie nie stwarza problemów w zakresie konkurencji o charakterze horyzontalnym. Jeżeli jednak porozumienie ogranicza niezależność jednej ze stron w podejmowaniu decyzji w odniesieniu do wejścia na rynek lub rynki pozostałych stron poprzez ograniczenie bodźców do takiego działania, prawdopodobnie wywoła ono skutki ograniczające konkurencję. Te same argumenty odnoszą się do porozumień o charakterze niewzajemnym, w przypadku których skutki ograniczające konkurencję są jednak mniej wyraźne.

5.2.3.1. Zmowa

374. Porozumienie o wspólnej komercjalizacji, które nie obejmuje ustalania cen, ograniczania produkcji lub podziału rynku, również może wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli zwiększa stopień uwspólnienia kosztów zmiennych stron do poziomu, który prawdopodobnie doprowadzi do zmywy. Wystąpienie takiej sytuacji jest prawdopodobne w przypadku porozumień o wspólnej komercjalizacji, jeżeli już przed zawarciem porozumienia strony mają wysoki udział kosztów zmiennych, które dzielą między sobą. W takiej sytuacji dodatkowy wzrost stopnia uwspólnienia kosztów (tj. kosztów komercjalizacji produktu objętego porozumieniem) może przechylić szalę, doprowadzając do zmywy. Jeżeli wzrost jest duży, ryzyko zmywy może być duże, nawet jeżeli początkowy stopień uwspólnienia kosztów jest niski.
375. Prawdopodobieństwo powstania zmywy zależy od władzy rynkowej stron i cech rynku właściwego. Stopień uwspólnienia kosztów może zwiększyć ryzyko zmywy tylko wówczas, gdy strony mają władzę rynkową, a koszty komercjalizacji stanowią znaczną część kosztów zmiennych związanych z produktem objętym porozumieniem. Nie dzieje się tak na przykład, gdy współpraca dotyczy produktów jednorodnych, dla których najwyższym czynnikiem kosztów jest produkcja. Uwspólnienie kosztów komercjalizacji zwiększa ryzyko zmywy, jeżeli porozumienie o komercjalizacji dotyczy produktów, które wiążą się z kosztowną komercjalizacją, np. wysokimi kosztami związanymi z dystrybucją lub obrotem. W rezultacie porozumienia dotyczące tylko wspólnej reklamy lub promocji również mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję w przypadku, gdy koszty te stanowią znaczący czynnik kosztów.
376. Wspólna komercjalizacja na ogół wiąże się z wymianą informacji objętych tajemnicą handlową, zwłaszcza dotyczących strategii wprowadzania do obrotu i polityki

cenowej. W przypadku większości porozumień o komercjalizacji do wdrożenia porozumienia potrzebny jest pewien poziom wymiany informacji. Konieczne zatem jest sprawdzenie, czy wymiana informacji może doprowadzić do zмовы w odniesieniu do działań stron w ramach współpracy i poza nią. Wszelkie negatywne skutki wynikające z wymiany informacji nie będą oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia.

377. W każdym przypadku prawdopodobne skutki ograniczające konkurencję wynikające z wymiany informacji w kontekście porozumień o komercjalizacji zależą od cech rynku oraz udostępnianych danych i powinny być oceniane w świetle ogólnych wytycznych zawartych w rozdziale 6.

5.2.3.2. Współpraca zasadniczo niebudząca zastrzeżeń

378. Jak już wspomniano powyżej w pkt 367, porozumienia o komercjalizacji między konkurentami mogą mieć skutki ograniczające konkurencję z reguły wówczas, gdy strony porozumienia posiadają pewien stopień władzy rynkowej. W większości przypadków istnienie władzy rynkowej nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 15 % na rynku, na którym wspólnie komercjalizują one produkty objęte porozumieniem. W każdym razie, jeżeli łączny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, przedmiotowe porozumienie spełnia prawdopodobnie warunki określone w art. 101 ust. 3.
379. Jeśli łączny udział stron w rynku jest większy niż 15 %, nie można założyć, że ich porozumienie nie będzie miało skutków ograniczających konkurencję, a zatem należy ocenić prawdopodobny wpływ porozumienia o wspólnej komercjalizacji na rynek.

5.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

5.3.1. Przyrost wydajności

380. Porozumienia o komercjalizacji mogą prowadzić do znaczącego przyrostu wydajności. Przyrost wydajności, który należy uwzględnić przy ocenie, czy porozumienie o komercjalizacji spełnia kryteria zawarte w art. 101 ust. 3, będzie zależał od charakteru działalności i od stron współpracy. Ustalanie cen zasadniczo nie może być uzasadnione, chyba że jest ono konieczne do integracji innych funkcji związanych z wprowadzaniem do obrotu i chyba że integracja ta będzie generowała znaczny przyrost wydajności. Wspólna dystrybucja może generować znaczny przyrost wydajności wynikający z korzyści skali lub zakresu, szczególnie w przypadku małych producentów lub grup niezależnych detalistów, na przykład w przypadku korzystania przez nich z nowych platform dystrybucyjnych w celu konkurowania z globalnymi lub dużymi podmiotami gospodarczymi. Wspólna dystrybucja może być szczególnie istotna dla osiągnięcia celów środowiskowych, pod warunkiem że są one pewne, wymierne i udokumentowane. Porozumienia o komercjalizacji mogą również przyczyniać się do odporności rynku wewnętrznego i generować przyrost wydajności z korzyścią dla konsumentów dzięki ograniczeniu zależności lub łagodzeniu niedoborów i zakłóceń w łańcuchach dostaw.
381. Ponadto przyrost wydajności nie może przybierać formy oszczędności będących jedynie wynikiem eliminacji kosztów, które są nieodłączną częścią konkurencji, lecz musi wynikać z integracji działalności gospodarczej. Zmniejszenie kosztów transportu, które jest wyłącznie wynikiem podziału klientów i któremu nie towarzyszy jakakolwiek integracja systemu logistycznego, nie może zatem zostać uznane za przyrost wydajności w rozumieniu art. 101 ust. 3.

382. Strony porozumienia muszą wykazać przyrost wydajności. Pod tym względem ważnym elementem byłoby dokonanie przez obie strony wkładu w formie znacznego kapitału, technologii lub innych aktywów. Dopuszczyć można również obniżenie kosztów wynikające z ograniczenia powielania zasobów i zaplecza. Jeżeli jednak wspólna komercjalizacja jest niczym więcej niż tylko agencją sprzedaży bez jakichkolwiek inwestycji, jest raczej mało prawdopodobne, że spełni ona warunki określone w art. 101 ust. 3.

5.3.2. *Niezbędność*

383. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności wynikającego z porozumienia o komercjalizacji, nie spełniają kryteriów określonych w art. 101 ust. 3. Kwestia niezbędności jest szczególnie ważna w przypadku porozumień dotyczących ustalania cen lub podziału rynków, które mogą zostać uznane za niezbędne jedynie w wyjątkowych sytuacjach.

5.3.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*

384. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie o komercjalizacji. Może to nastąpić w postaci niższych cen lub lepszej jakości lub różnorodności produktów. Im większa jest jednak władza rynkowa stron, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo, że przyrost wydajności będzie przeniesiony na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję. Jeżeli wspólny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, prawdopodobnie każdy wykazany przyrost wydajności wynikający z porozumienia będzie w wystarczającym stopniu przeniesiony na konsumentów.

5.3.4. *Nieeliminowanie konkurencji*

385. Kryteria zawarte w art. 101 ust. 3 nie mogą zostać spełnione, jeżeli strony zyskują możliwość eliminowania konkurencji w stosunku do znaczącej części danych produktów. Powyższą kwestię należy przeanalizować w odniesieniu do rynku właściwego, do którego należą produkty objęte współpracą, oraz w odniesieniu do możliwych rynków dotkniętych skutkami ubocznymi.

5.4. **Konsorcja wspólnie składające ofertę**

386. Termin „konsorcjum wspólnie składające ofertę” odnosi się do sytuacji, w której co najmniej dwie strony współpracują w celu złożenia wspólnej oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub prywatnego¹⁹⁰.

¹⁹⁰

Współpraca przy składaniu ofert może być realizowana w drodze podwykonawstwa, gdy oficjalny oferent zgadza się, w przypadku rozstrzygnięcia przetargu, na zlecenie podwykonawstwa części działań innemu podmiotowi lub kilku innym podmiotom, lub za pośrednictwem konsorcjum, gdy wszyscy partnerzy konsorcjum wspólnie uczestniczą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zazwyczaj wykorzystując do tego celu określony podmiot prawny. Z punktu widzenia zamówień publicznych różnica między podwykonawstwem a konsorcjum polega na tym, że w pierwszym przypadku główny wykonawca może nie być zobowiązany do natychmiastowego ujawnienia nazw podwykonawców, natomiast w przypadku konsorcjum nazwy członków konsorcjum są od razu zgłaszane organizatorowi postępowania. Z punktu widzenia prawa konkurencji zarówno w przypadku podwykonawstwa, jak i konsorcjów oferty są składane wspólnie. W niniejszej sekcji dla uproszczenia stosowany będzie termin konsorcjum wspólnie składające ofertę.

387. Na potrzeby niniejszej sekcji konsorcja wspólnie składające ofertę należy odróżnić od zmów przetargowych, które oznaczają nielegalne porozumienia między podmiotami gospodarczymi mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zmowa przetargowa jest jedną z najpoważniejszych form ograniczeń ze względu na cel i może przybierać różne formy, takie jak ustalanie z wyprzedzeniem treści ofert (zwłaszcza ceny) w celu wpłynięcia na wynik postępowania, powstrzymywanie się od składania ofert, podział rynku w oparciu o kryterium geograficzne, instytucję zamawiającą lub przedmiot zamówienia, czy też tworzenie systemów rotowania dla szeregu postępowań. Celem wszystkich tych praktyk jest umożliwienie określonego wcześniej oferentowi uzyskania zamówienia przy jednoczesnym stworzeniu wrażenia, że postępowanie jest rzeczywiście konkurencyjne¹⁹¹. Z punktu widzenia konkurencji zmowa przetargowa jest formą kartelu polegającą na manipulowaniu postępowaniami przetargowymi organizowanymi w ramach udzielania zamówienia¹⁹².
388. Zmowa przetargowa na ogół nie wiąże się ze wspólnym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zazwyczaj jest to raczej ukryte lub milczące porozumienie między potencjalnymi uczestnikami, mające na celu koordynację ich pozornie indywidualnych decyzji dotyczących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niektórych przypadkach rozróżnienie między zumą przetargową a zgodnymi z prawem formami wspólnego składania ofert nie jest jednak proste, zwłaszcza w przypadku podwykonawstwa. Przykładowo przypadki, w których dwóch oferentów występuje względem siebie wzajemnie w charakterze podwykonawców, można uznać za potencjalną przesłankę świadczącą o wystąpieniu zmony, zważywszy na fakt, że w ramach takich umów podwykonawstwa strony mogą zazwyczaj zapoznać się ze składanymi przez siebie ofertami finansowymi, co podaje w wątpliwość niezależność stron w kwestii opracowywania swoich własnych ofert. Nie istnieje jednak ogólne domniemanie, że podzlecane przez zwycięskiego oferenta zadań innemu oferentowi uczestniczącemu w tym samym postępowaniu świadczy o istnieniu zmony między przedsiębiorcami, a zainteresowane strony mogą przedstawić dowody przeciwne¹⁹³.
389. Porozumienia konsorcjów wspólnie składających ofertę mogą wiązać się ze znacznym stopniem integracji zasobów i działań stron, w szczególności gdy w ramach działań objętych zamówieniem uwzględnione są formy wspólnej produkcji w celu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W sytuacjach, gdy wspólna komercjalizacja ma jedynie charakter dodatkowy w stosunku do głównej integracji stron w procesie produkcji, środkiem ciężkości porozumienia jest działalność produkcyjna, więc ocenę wpływu na konkurencję należy przeprowadzić zgodnie z zasadami mającymi zastosowanie do właściwej współpracy, czyli wspólnej produkcji. W takim przypadku ustalanie cen produktów lub usług objętych porozumieniem zasadniczo nie jest uznawane za ograniczenie ze względu na cel i konieczna będzie ocena skutków (zob. powyżej pkt 216 dotyczący porozumień produkcyjnych).

¹⁹¹ Zawiadomienie Komisji w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze zumą, Dz.U. C 91 z 18.3.2021, s. 1.

¹⁹² Wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10, pkt 35.

¹⁹³ Zawiadomienie Komisji w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze zumą, Dz.U. C 91 z 18.3.2021, s. 1, sekcja 5.6.

390. Co do zasady porozumienia konsorcjów obejmujące głównie lub wyłącznie wspólną komercjalizację należy jednak uważać za porozumienia o komercjalizacji, a zatem należy je oceniać zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozdziale.
391. Porozumienie konsorcjum wspólnie składającego ofertę – bez względu na jego kwalifikację prawną – nie ogranicza konkurencji, jeśli umożliwia uczestniczącym przedsiębiorstwom udział w projektach, których realizacji nie byłyby one w stanie podjąć się indywidualnie. Ponieważ strony porozumień konsorcjów nie są zatem potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu, nie dochodzi do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku przedsiębiorstw świadczących różne usługi, które są komplementarne względem celów udziału w postępowaniu. Inną możliwością jest sytuacja, w której uczestniczące przedsiębiorstwa, mimo że wszystkie działają na tych samych rynkach, nie mogą zrealizować zamówienia indywidualnie, na przykład ze względu na wielkość zamówienia lub jego złożoność.
392. Ocena tego, czy strony mogą konkurować w postępowaniu indywidualnie, będąc tym samym konkurentami, zależy przede wszystkim od wymogów przewidzianych w zasadach przetargu. Jednak sama teoretyczna możliwość prowadzenia samodzielnie działań objętych zamówieniem nie czyni stron automatycznie konkurentami: należy realistycznie ocenić, czy przedsiębiorstwo będzie w stanie samodzielnie wykonać zamówienie, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy, takie jak wielkość i możliwości przedsiębiorstwa, a także jego obecne i przyszłe możliwości oceniane w świetle zmian wymogów związanych z zamówieniem.
393. W przypadku postępowań, w ramach których możliwe jest składanie ofert na części zamówienia, przedsiębiorstwa, które mają zdolność do złożenia oferty na co najmniej jedną część – ale w założeniu nie na całe zamówienie – należy uważać za konkurentów. W podobnych sytuacjach współpracę często uzasadnia się tym, że współpraca w ramach porozumienia konsorcjum pozwoliłaby stronom złożyć ofertę na całe zamówienie, a to dałoby możliwość zaoferowania łącznego rabatu na całe zamówienie. Nie zmienia to jednak faktu, że co do zasady strony są konkurentami w odniesieniu do co najmniej części zamówienia, a ewentualny przyrost wydajności osiągnięty dzięki złożeniu wspólnej oferty na całe zamówienie należy oceniać na podstawie zasad określonych w art. 101 ust. 3.
394. Jeżeli nie można wykluczyć, że każda ze stron porozumienia konsorcjum mogłaby konkurować w postępowaniu indywidualnie (lub jeżeli stron porozumienia konsorcjum jest więcej niż to konieczne), wspólna oferta może ograniczać konkurencję. Ograniczenie to może występować ze względu na cel lub ze względu na skutki w zależności od treści porozumienia i szczególnych okoliczności danej sprawy (zob. pkt 360–375 powyżej).
395. W każdym razie porozumienie konsorcjum między konkurentami może spełniać kryteria określone w art. 101 ust. 3. Ogólnie rzecz biorąc, konieczna będzie szczegółowa i konkretna ocena na podstawie różnych elementów, takich jak pozycja stron na rynku właściwym, liczba i pozycja rynkowa pozostałych uczestników postępowania, treść porozumienia konsorcjum, produkty lub usługi objęte porozumieniem oraz warunki rynkowe.
396. Jeśli chodzi o przyrost wydajności, może on przybierać formę niższych cen, ale także lepszej jakości, szerszego wyboru lub szybszej realizacji produktów lub usług, których dotyczy zaproszenie do składania ofert. Ponadto muszą być spełnione

wszystkie pozostałe kryteria określone w art. 101 ust. 3 (niezbędność, przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów i nieeliminowanie konkurencji). W postępowaniach o udzielenie zamówienia często są ze sobą powiązane następujące elementy: przyrost wydajności wynikający ze złożenia wspólnej oferty w ramach porozumienia konsorcjum jest łatwiejszy do przeniesienia na konsumentów – w postaci niższych cen lub lepszej jakości oferty – jeśli konkurencja w odniesieniu do zamówienia nie jest wyeliminowana, a inni odpowiedni konkurenci biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

397. Zasadniczo kryteria określone w art. 101 ust. 3 mogą być spełnione, jeśli wspólny udział w postępowaniu umożliwia stronom złożenie oferty, która jest bardziej konkurencyjna niż oferty, które złożyłyby one osobno – pod względem cen lub jakości – a korzyści dla konsumentów i podmiotu zamawiającego przewyższają ograniczenia konkurencji. Przyrost wydajności musi zostać przeniesiony na konsumentów i nie będzie wystarczający do spełnienia kryteriów określonych w art. 101 ust. 3, jeżeli przyniesie on korzyści wyłącznie stronom porozumienia konsorcjum wspólnie składającego ofertę.

5.5. Przykłady

398. Wspólna komercjalizacja konieczna do wejścia na rynek

Przykład 1

Sytuacja: Cztery przedsiębiorstwa świadczące usługi pralnicze w dużym mieście położonym blisko granicy z innym państwem członkowskim, każde posiadające 3 % udziału w ogólnym rynku pralniczym w tym mieście, uzgodniły utworzenie wspólnego działu marketingowego w celu sprzedaży usług pralniczych klientom instytucjonalnym (tj. hotelom, szpitalom i biurom), zachowując przy tym własną niezależność i swobodę konkurowania o lokalnych klientów indywidualnych. Z uwagi na nowy segment popytu (klientów instytucjonalnych) przedsiębiorstwa te utworzyły wspólną markę i ustanowiły wspólne ceny i standardowe warunki, w tym m.in. dotyczące maksymalnego czasu dostawy (24 godziny) i harmonogramu dostaw. Przedsiębiorstwa utworzyły także wspólne centrum telefoniczne, za pośrednictwem którego klienci instytucjonalni mogą zamówić usługi odbioru lub dostawy. Zatrudniają recepcjonistę (na potrzeby centrum telefonicznego) i kilku kierowców. Dokonują dalszych inwestycji w samochody dostawcze, promowanie marki i eksponowanie wizerunku. Porozumienie nie obniża całkowicie ich indywidualnych kosztów infrastruktury (ponieważ utrzymują własne obiekty i nadal konkurują ze sobą o lokalnych klientów indywidualnych), lecz zwiększa korzyści skali i umożliwia oferowanie bardziej kompleksowych usług innym rodzajom klientów, w tym dłuższe godziny otwarcia i świadczenie usług na większym obszarze geograficznym. Do zapewnienia rentowności projektu konieczne jest zawarcie porozumienia przez wszystkie cztery przedsiębiorstwa. Rynek jest bardzo rozdrobniony – udział żadnego z konkurentów w rynku nie przekracza 15 %.

Analiza: Mimo że łączny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, fakt, że porozumienie obejmuje ustalanie cen, oznacza, że art. 101 ust. 1 mógłby mieć zastosowanie. W zakresie, w jakim strony nie byłyby w stanie wejść na rynek świadczenia usług pralniczych klientom instytucjonalnym – ani pojedynczo, ani we współpracy z mniejszą liczbą stron niż te cztery obecnie uczestniczące w porozumieniu – porozumienie nie powodowałoby jednak problemów w zakresie konkurencji bez względu na ograniczenie dotyczące ustalania cen, które w tym

przypadku można uznać za konieczne do promowania wspólnej marki i dla powodzenia projektu.

399. Porozumienie o komercjalizacji zawierane przez większą liczbę stron niż jest to konieczne do wejścia na rynek

Przykład 2

Sytuacja: Zachodzą te same okoliczności co w przykładzie 1, pkt 398, ale istnieje jedna zasadnicza różnica: aby zapewnić rentowność projektu, porozumienie mogłoby zostać zrealizowane przez tylko trzy strony (zamiast czterech rzeczywiście uczestniczących we współpracy).

Analiza: Chociaż łączny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, fakt, że porozumienie obejmuje ustalanie cen i mogłoby zostać zrealizowane przez mniej niż cztery strony, oznacza, że art. 101 ust. 1 ma zastosowanie. Należy zatem dokonać oceny porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3. Porozumienie prowadzi do przyrostu wydajności, ponieważ strony mogą obecnie oferować lepsze usługi nowej kategorii klientów na większą skalę (do czego nie byłyby zdolne, gdyby świadczyły usługi indywidualnie). Ponieważ wspólny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, strony prawdopodobnie w wystarczającym stopniu przeniosą przyrost wydajności na konsumentów. Należy następnie rozważyć, czy ograniczenia wynikające z porozumienia są niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności i czy porozumienie eliminuje konkurencję. Biorąc pod uwagę fakt, że celem porozumienia jest świadczenie bardziej kompleksowych usług (w tym dowozu, który nie był wcześniej oferowany) dodatkowej kategorii klientów, pod jedną marką i na wspólnych standardowych warunkach, ustalanie cen można uznać za niezbędne do promowania wspólnej marki, a w rezultacie również do powodzenia projektu i osiągnięcia wynikającego z niego przyrostu wydajności. Ponadto uwzględniając rozdrobnienie rynku, porozumienie nie wyeliminuje konkurencji. Fakt, że w porozumieniu uczestniczą cztery strony (zamiast trzech, które byłyby konieczne), umożliwia zwiększenie mocy produkcyjnych i przyczynia się do jednoczesnego zaspokojenia popytu kilku klientów instytucjonalnych zgodnie ze standardowymi warunkami (tj. spełniając warunki dotyczące maksymalnego czasu dostawy). W takiej sytuacji korzyści z przyrostu wydajności prawdopodobnie przewyższają skutki ograniczające konkurencję, jakie wynikają z ograniczenia konkurencji między stronami, i porozumienie prawdopodobnie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

400. Wspólna platforma internetowa – 1

Przykład 3

Sytuacja: Kilka małych specjalistycznych sklepów na terenie całego kraju przyłącza się do elektronicznej platformy internetowej mającej na celu promocję, sprzedaż i dostawę upominkowych koszy z owocami. Istnieje wiele konkurujących ze sobą platform internetowych. Poprzez miesięczną opłatę sklepy te dzielą wydatki operacyjne związane z platformą i wspólnie inwestują w promocję marki. Za pośrednictwem strony internetowej, na której oferowany jest szeroki wybór koszy upominkowych, klienci składają zamówienie na kosze upominkowe, które mają zostać dostarczone, i dokonują za nie płatności. Zamówienie jest następnie kierowane do specjalistycznego sklepu położonego najbliżej adresu dostawy. Sklep indywidualnie ponosi koszty przygotowania kosza upominkowego i dostarczenia go klientowi. Sklep zatrzymuje 90 % ceny końcowej, która jest ustalona przez platformę

internetową i jednakowo stosuje się do wszystkich sklepów specjalistycznych należących do platformy, podczas gdy pozostałe 10 % przeznacza się na wspólną promocję i wydatki operacyjne związane z platformą internetową. Poza uiszczeniem miesięcznej opłaty specjalistyczne sklepy na całym terytorium kraju nie podlegają żadnym dalszym ograniczeniom związanym z przystąpieniem do platformy. Ponadto sklepy specjalistyczne posiadające swoje własne firmowe strony internetowe mogą również sprzedawać za pośrednictwem internetu kosze upominkowe z owocami pod swoją własną nazwą (i w pewnych przypadkach tak robią), a zatem nadal mogą konkurować między sobą poza opisaną powyżej współpracą. Kosze z owocami dostarczane są klientom platformy internetowej już tego samego dnia, a klienci mogą również wybrać odpowiadającą im godzinę dostawy.

Analiza: Chociaż porozumienie ma ograniczony charakter, ponieważ obejmuje jedynie wspólną sprzedaż określonego rodzaju produktów za pośrednictwem określonego kanału sprzedaży (platformy internetowej), ze względu na fakt, że porozumienie to obejmuje ustalanie cen, prawdopodobnie ogranicza konkurencję ze względu na cel. Należy zatem dokonać oceny porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3. Porozumienie powoduje przyrost wydajności, ponieważ zapewnia większy wybór i wyższą jakość usług, a także redukcję kosztów poszukiwania, co przynosi korzyść konsumentom i prawdopodobnie przewyższa wynikające z porozumienia skutki ograniczające konkurencję. Biorąc pod uwagę fakt, że współpracujące sklepy specjalistyczne nadal mają możliwość indywidualnego działania i konkurowania ze sobą zarówno poprzez swoje sklepy, jak i przez internet, ograniczenia dotyczące ustalania cen można uznać za niezbędne do promocji produktu (ponieważ dokonując zakupu za pośrednictwem platformy internetowej, konsument nie wie, od kogo kupuje kosz upominkowy i nie chce mieć do czynienia z wieloma różnymi cenami) oraz do osiągnięcia wynikającego z niej przyrostu wydajności, jak również uwzględniając wspólną markę internetową. Ze względu na brak innych ograniczeń porozumienie spełnia kryteria określone w art. 101 ust. 3. Ponadto, ponieważ istnieją inne konkurencyjne platformy internetowe, a strony nadal konkurują ze sobą poprzez swoje sklepy lub na internecie, konkurencja nie zostanie wyeliminowana.

401. Wspólna platforma internetowa – 2

Przykład 4

Sytuacja: Szereg małych, niezależnych księgarni tworzy elektroniczną platformę internetową, by za jej pomocą prowadzić promocję, sprzedaż i dostawę książek dostępnych w ich sklepach. Działalność tych księgarni obejmuje znaczny region graniczący z kilkoma państwami członkowskimi. Każda księgarnia uiszcza roczną opłatę, która jest przeznaczona na pokrycie kosztów prowadzenia i promocji platformy. Opłata ta jest obliczana na podstawie stałego odsetka rocznej sprzedaży każdej księgarni na platformie i nie przekracza określonej kwoty maksymalnej. Ta kwota maksymalna jest ustalana co roku na podstawie kosztów prowadzenia platformy poniesionych w poprzednim roku. W początkowym okresie 3 lat odsetek ten jest stały i wynosi 10 % rocznej sprzedaży, ale członkowie są zgodni co do tego, że w miarę rozwoju działalności prawdopodobnie będą mogli zmniejszyć wysokość składek. Księgarnie uzgadniają podjęcie negocjacji z firmą kurierską w sprawie dostawy książek zamówionych w internecie w tym samym dniu. Ze względu na liczbę księgarni zaangażowanych w przedsięwzięcie firma kurierska jest w stanie zagwarantować dostawę tego samego dnia. Cena za tę usługę dostawy zostaje uzgodniona i obejmuje koszt pakowania produktów. Pomiędzy poszczególnymi

księgarniami nie ma żadnych ustaleń dotyczących internetowej ceny za ich książki, która jest przekazywana przez każdą księgarnię wyłącznie platformie, nie dochodzi też do wymiany informacji między księgarniami na temat przyszłych cen lub promocji. Co do zasady cena książek w internecie jest taka sama, jak cena zakupu stacjonarnego (z wyjątkiem dodatkowej opłaty za wysyłkę i opakowanie uzgodnionej z firmą kurierską). Przystąpienie do platformy jest dostępne dla wszystkich niezależnych sklepów po uiszczeniu opłaty rocznej. Istnieje kilka innych podobnych platform internetowych świadczących tego typu usługi w tym samym regionie. Żadna pojedyncza platforma nie ma więcej niż 15 % udziału w rynku w danym regionie.

Analiza: Ponieważ porozumienie obejmuje ustalenie ceny za pakowanie i dostawę zamówień, a także opłatę opartą na odsetku od cen detalicznych, art. 101 ust. 1 może mieć zastosowanie. Strony przedstawiają dowody na to, że korzyści wynikające z wynegocjowanego porozumienia – w tym klauzula dotycząca dostawy tego samego dnia – nie byłyby dostępne dla każdej księgarni działającej z osobna. Ponadto dzięki porozumieniu zauważalny jest wzrost sprzedaży książek – zarówno w internecie, jak i stacjonarnie. Wydaje się oczywiste, że osiągnięcie tych korzyści nie byłoby możliwe bez porozumienia. Ponieważ w tym samym regionie funkcjonuje kilka innych platform o podobnych udziałach w rynku, konkurencja nie została wyeliminowana, a porozumienie nie powoduje problemów w zakresie konkurencji.

402. Wspólny przedsiębiorca w zakresie sprzedaży

Przykład 5

Sytuacja: Znajdujące się w dwóch różnych państwach członkowskich przedsiębiorstwa A i B produkują opony rowerowe. Ich łączny udział w ogólnounijnym rynku opon rowerowych wynosi 14 %. Postanowiły one utworzyć wspólnego przedsiębiorcę (o niepełnym zakresie funkcji) w zakresie sprzedaży w celu wprowadzania opon do obrotu na rzecz producentów rowerów i uzgodniły, że cała ich produkcja będzie sprzedawana w ramach tego wspólnego przedsiębiorcy. Infrastruktura produkcyjna i transportowa pozostaje oddzielna dla każdej strony. Strony powołują się na znaczący przyrost wydajności osiągnięty w wyniku porozumienia. Przyrost ten wiąże się głównie z korzyściami skali i zdolnością zaspokojenia zapotrzebowania istniejących i potencjalnych nowych klientów, a także z lepszym konkurowaniem z importowanymi oponami produkowanymi w państwach trzecich. Wspólny przedsiębiorca negocjuje ceny i przydziela zamówienia najbliższemu zakładowi produkcyjnemu, mając na uwadze racjonalizację kosztów transportu przy dostarczaniu towaru klientowi.

Analiza: Mimo że łączny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Ogranicza ono konkurencję ze względu na cel, ponieważ obejmuje podział klientów i ustalanie cen przez wspólnego przedsiębiorcę. Wynikający z porozumienia przyrost wydajności, na który się wskazuje, nie jest spowodowany integracją działalności gospodarczej ani wspólnymi inwestycjami. Wspólny przedsiębiorca miałby bardzo ograniczony zakres i służyłby wyłącznie jako przekątnik do przydzielania zamówień zakładom produkcyjnym. Z tego względu jest mało prawdopodobne, że jakiekolwiek korzyści z przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie. W tej sytuacji warunki określone w art. 101 ust. 3 nie byłyby spełnione.

403. Klauzula o zakazie przejmowania klientów zawarta w porozumieniu dotyczącym outsourcingu usług

Przykład 6

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B są konkurentami w zakresie świadczenia usług sprzątania w lokalach komercyjnych. Udział w rynku każdego z tych przedsiębiorstw wynosi 15 %. Istnieje również kilku innych konkurentów posiadających udział w rynku na poziomie 10-15 %. Przedsiębiorstwo A podjęło (jednostronną) decyzję, aby skupić się w przyszłości wyłącznie na dużych klientach, ponieważ usługi świadczone klientom dużym i małym wymagają, jak się okazało, nieco odmiennej organizacji pracy. W rezultacie przedsiębiorstwo A postanowiło, że nie będzie już zawierać umów z nowymi małymi klientami. Ponadto przedsiębiorstwa A i B zawarły porozumienie w sprawie outsourcingu, na mocy którego przedsiębiorstwo B będzie bezpośrednio świadczyło usługi sprzątania obecnym małym klientom przedsiębiorstwa A (którzy stanowią 1/3 jego bazy klientów). Jednocześnie przedsiębiorstwo A nie chce utracić relacji z tymi małymi klientami. Z tego względu przedsiębiorstwo A nadal będzie utrzymywało swoje stosunki umowne z małymi klientami, ale bezpośrednim świadczeniem usług sprzątania zajmie się przedsiębiorstwo B. W celu wdrożenia porozumienia w sprawie outsourcingu przedsiębiorstwo A będzie musiało przekazać przedsiębiorstwu B dane na temat swoich małych klientów, którzy są objęci porozumieniem. Ponieważ przedsiębiorstwo A obawia się, że przedsiębiorstwo B może spróbować przejąć tych klientów, oferując tańsze, bezpośrednie usługi (a zatem omijając przedsiębiorstwo A), przedsiębiorstwo A nalega, aby porozumienie w sprawie outsourcingu zawierało „klauzulę o zakazie przejmowania klientów”. Zgodnie z tą klauzulą przedsiębiorstwo B nie może kontaktować się z małymi klientami objętymi porozumieniem w sprawie outsourcingu w celu bezpośredniego świadczenia usług na ich rzecz. Ponadto przedsiębiorstwa A i B uzgodniły, że przedsiębiorstwo B nie może bezpośrednio świadczyć usług tym klientom, nawet jeżeli się do niego o to zwróci. Bez „klauzuli o zakazie przejmowania klientów” przedsiębiorstwo A nie zawarłoby z przedsiębiorstwem B ani z żadnym innym przedsiębiorstwem porozumienia w sprawie outsourcingu.

Analiza: Porozumienie w sprawie outsourcingu eliminuje przedsiębiorstwo B jako niezależnego wykonawcy usług sprzątania na rzecz małych klientów przedsiębiorstwa A, ponieważ nie będą oni mogli wchodzić w bezpośrednie stosunki umowne z przedsiębiorstwem B. W związku z tym art. 101 ust. 1 może mieć zastosowanie. Klienci ci stanowią jednak jedynie 1/3 bazy klientów przedsiębiorstwa A, tj. 5 % rynku. Nadal będą oni mogli zwrócić się do konkurentów przedsiębiorstw A i B, którzy reprezentują 70 % rynku. Porozumienie w sprawie outsourcingu nie umożliwia zatem przedsiębiorstwu A opłacalnego podniesienia opłat pobieranych od klientów objętych porozumieniem. Ponadto nie jest prawdopodobne, że porozumienie doprowadzi do zmony, ponieważ łączny udział przedsiębiorstw A i B w rynku wynosi tylko 30 % i muszą one mierzyć się z kilkoma konkurentami, których udział w rynku jest podobny do indywidualnych udziałów przedsiębiorstw A i B. Poza tym fakt, że świadczenie usług dla małych i dużych klientów jest w pewnym stopniu odmienne, minimalizuje ryzyko efektu ubocznego, który może wynikać z porozumienia w sprawie outsourcingu w stosunku do zachowania przedsiębiorstw A i B w ramach konkurencji o dużych klientów. W związku z tym nie jest prawdopodobne, by porozumienie w sprawie outsourcingu wywoływało

skutki ograniczające konkurencję, może ono zatem zostać objęte wyłączeniem na podstawie art. 101 ust. 3.

404. Platforma dystrybucji mediów

Przykład 7

Sytuacja: Nadawca telewizyjny A i nadawca telewizyjny B, obaj działający głównie na rynku telewizji niekodowanej w państwie członkowskim, tworzą wspólnego przedsiębiorcę w celu uruchomienia na tym samym rynku krajowym internetowej platformy wideo na żądanie, na której konsumenci mogą za opłatą oglądać filmy lub serie wyprodukowane przez każdego z nich lub przez osoby trzecie, które udzieliły licencji jednemu z tych dwóch nadawców telewizyjnych na korzystanie z odpowiednich praw audiowizualnych. Grupa nadawcy telewizyjnego A ma udział w rynku telewizji niekodowanej wynoszący około 25 %, a udział w rynku nadawcy telewizyjnego B wynosi około 15 %. Istnieją jeszcze dwa inne duże podmioty o udziale w rynku na poziomie 10–15 % oraz szereg mniejszych nadawców. Krajowy rynek wideo na żądanie, na którym wspólny przedsiębiorca będzie głównie działał, jest młodym rynkiem, co do którego ogólnie przewiduje się znaczny potencjał wzrostu. Cena za obejrzenie filmu wideo będzie ustalana na poziomie centralnym przez wspólnego przedsiębiorcę, który będzie również koordynował ceny nabycia licencji na świadczenie usług wideo na żądanie na rynku wyższego szczebla.

Analiza: Biorąc pod uwagę wielkość podmiotów A i B na krajowym rynku telewizyjnym oraz dużą bibliotekę praw audiowizualnych, zarówno A, jak i B mogłyby samodzielnie uruchomić platformę wideo na żądanie. W związku z tym są one potencjalnymi konkurentami na powstającym konsumenckim rynku wideo na żądanie. Ponadto porozumienie obejmuje ustalanie cen, w związku z czym zastosowanie ma art. 101 ust. 1. Ograniczenie konkurencji wydaje się znaczące, ponieważ konkurencja cenowa między tymi dwoma nadawcami zostanie wyeliminowana. Co więcej, koordynowane będą również ceny licencji na świadczenie usług wideo na żądanie. Te ograniczenia konkurencji będą zauważalne, biorąc pod uwagę działalność i wielkość zaangażowanych przedsiębiorstw. Jeżeli chodzi o zastosowanie art. 101 ust. 3, nie wydaje się, aby korzyści wynikające z szerszej oferty wideo na żądanie i uproszczonego przeglądania treści przewyższały negatywne skutki dla konkurencji. W szczególności ograniczenia nie wydają się niezbędne do osiągnięcia wspomnianego przyrostu wydajności, ponieważ taki przyrost można uzyskać również dzięki otwartej platformie i współpracy czysto technicznej. Podsumowując, wydaje się, że porozumienie nie spełnia kryteriów określonych w art. 101 ust. 3.

405. Konsorcja wspólnie składające ofertę

Przykład 8

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B są konkurentami w zakresie dostawy specjalistycznych produktów medycznych dla szpitali. Postanawiają zawrzeć porozumienie konsorcjum, aby składać wspólne oferty w szeregu przetargów organizowanych przez krajowy system opieki zdrowotnej w państwie członkowskim na dostawy pochodnych osocza do szpitali publicznych. Kryterium udzielenia zamówienia jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, uwzględniająca równowagę między ceną a jakością. Dodatkowe punkty przyznaje się w szczególności w przypadku, gdy oferta obejmuje szereg produktów opcjonalnych. Oba przedsiębiorstwa A i B mogłyby konkurować w przetargach indywidualnie, na

podstawie wymogów zawartych w zasadach przetargowych. W rzeczywistości oba przedsiębiorstwa A i B konkurowały już indywidualnie w jednym z podobnych przetargów, rozstrzygniętym na korzyść innego uczestnika, ponieważ obie ich indywidualne oferty były gorsze pod względem ceny i jakości, w szczególności z powodu ograniczonej oferty produktów opcjonalnych. Co do zasady w przedmiotowych procedurach przetargowych bierze udział co najmniej dwóch innych uczestników.

Analiza: Ponieważ przedsiębiorstwa A i B mogłyby indywidualnie konkurować w przetargach, zastosowanie ma art. 101 ust. 1, a wspólny udział może ograniczać konkurencję. Należy zatem dokonać oceny porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3. Zgodnie z wynikiem poprzedniej procedury przetargowej, w ramach której strony konkurowały osobno, wydaje się, że wspólna oferta byłaby bardziej konkurencyjna niż oferty indywidualne zarówno pod względem ceny, jak i zakresu oferowanych produktów, w szczególności produktów opcjonalnych. Porozumienie konsorcjum wydaje się obiektywnie niezbędne, aby zaangażowane strony złożyły w procedurach przetargowych oferty naprawdę konkurencyjne w porównaniu z ofertami przedstawionymi przez pozostałych uczestników. Konkurencja w przetargach nie jest wyeliminowana, ponieważ w procedurze przetargowej weźmie udział co najmniej dwóch innych odpowiednich konkurentów. Oznacza to, że przyrost wydajności wynikający ze wspólnej oferty może przynieść korzyści podmiotowi zamawiającemu i ostatecznie konsumentom. W związku z tym wydaje się, że porozumienie spełnia kryteria określone w art. 101 ust. 3.

6. WYMIANA INFORMACJI

6.1. Wprowadzenie

406. Celem niniejszego rozdziału jest udzielenie przedsiębiorstwom i stowarzyszeniom wskazówek dotyczących oceny wymiany informacji pod kątem konkurencji¹⁹⁴. Wymiana informacji może przybierać różne formy i występować w różnych kontekstach.
407. Wymiana informacji do celów niniejszego rozdziału obejmuje wymianę (i) surowych i nieuporządkowanych treści cyfrowych, które będą wymagały przetworzenia na potrzeby uczynienia ich użytecznymi (surowe dane); (ii) wstępnie przetworzonych danych, które zostały już przygotowane i zatwierdzone; (iii) danych, które zostały zmanipulowane w celu przedstawienia istotnych informacji w dowolnej formie, jak również (iv) wszelkich innych rodzajów informacji, w tym informacji innych niż cyfrowe. Obejmuje ona fizyczne udostępnianie sobie nawzajem informacji i danych przez faktycznych lub potencjalnych konkurentów¹⁹⁵. W niniejszym rozdziale termin „informacje” obejmuje wszystkie wyżej wymienione rodzaje danych i informacji.

¹⁹⁴ W zakresie, w jakim wymieniane informacje stanowią w całości lub w części dane osobowe, niniejsze wytyczne nie naruszają przepisów prawa Unii dotyczącego ochrony danych, w szczególności rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U. L 119 z 4.5.2016, s.1. Żaden przepis niniejszych wytycznych nie powinien być stosowany ani interpretowany w sposób osłabiający lub ograniczający prawo do ochrony danych osobowych.

¹⁹⁵ Termin udostępnianie danych jest stosowany do opisanego wszystkich możliwych form i modeli będących podstawą dostępu do danych i ich przekazywania między przedsiębiorstwami. Obejmuje on

408. Informacje mogą być wymieniane bezpośrednio między konkurentami (w formie jednostronnego ujawniania lub dwu- lub wielostronnej wymiany) lub pośrednio przez stronę trzecią (taką jak usługodawca, platforma, narzędzie internetowe lub algorytm), wspólny podmiot (na przykład stowarzyszenie handlowe), organizację zajmującą się badaniami rynku lub za pośrednictwem takich podmiotów, lub za pośrednictwem dostawców bądź detalistów. Niniejszy rozdział ma zastosowanie zarówno do bezpośrednich, jak i pośrednich form wymiany informacji.
409. Wymiana informacji może być częścią innego rodzaju horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego. Wdrożenie takiego horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego może wymagać wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych. W takim przypadku konieczne będzie sprawdzenie, czy wymiana może prowadzić do zmywy w odniesieniu do działań stron w ramach współpracy lub poza nią. Każdy negatywny skutek wynikający z takiej wymiany nie będzie oceniany oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego. Jeżeli wymiana informacji nie wykracza poza to, co jest niezbędne do prowadzenia zgodnej z prawem współpracy między konkurentami, prawdopodobieństwo spełnienia przez porozumienie kryteriów określonych w art. 101 ust. 3 jest większe niż w przypadku wymiany wykraczającej poza to, co jest konieczne do umożliwienia współpracy, nawet jeżeli wymiana wywiera skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W sytuacji, w której wymiana informacji sama w sobie stanowi główny cel współpracy, ocena wymiany powinna odbywać się zgodnie z wytycznymi przedstawionymi w niniejszym rozdziale.
410. Wymiana informacji może również stanowić część procesu przejmowania. W takich przypadkach, w zależności od okoliczności, wymiana może podlegać przepisom rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw¹⁹⁶. Wszelkie postępowanie ograniczające konkurencję, które nie jest bezpośrednio związane z przejściem kontroli i niezbędne do jego przeprowadzenia, nadal podlega art. 101 Traktatu.
411. Wymiana informacji może również wynikać z inicjatyw regulacyjnych. Chociaż przedsiębiorstwa mogą być zachęcane lub zobowiązywane do udostępnienia określonych informacji i danych w celu spełnienia wymogów unijnych lub krajowych, art. 101 ust. 1 nadal ma zastosowanie. W praktyce oznacza to, że podmioty podlegające wymogom regulacyjnym nie mogą wykorzystywać tych wymogów jako środka do naruszenia art. 101 ust. 1. Powinny one ograniczyć zakres wymiany informacji do tego, co jest wymagane na podstawie mającego zastosowanie rozporządzenia, i mogą być zmuszone do wdrożenia środków ostrożności w przypadku wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych.

Rozporządzenie UE może na przykład przewidywać wymianę informacji między podmiotami podlegającymi temu rozporządzeniu w celu uniknięcia lub ograniczenia konieczności przeprowadzania badań na zwierzętach lub w celu ograniczenia kosztów badań. Taka wymiana podlega zastosowaniu art. 101 ust. 1. Przedsiębiorstwa uczestniczące w wymianie przewidzianej w rozporządzeniu nie mogą zatem podawać szczególnie chronionych informacji handlowych, które

również zbiory danych, w przypadku których właściciele danych tworzą grupy w celu udostępniania zasobów danych.

¹⁹⁶

Art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Zob. także wyrok z dnia 22 września 2021 r., Altice Europe/Komisja, T-425/18, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2021:607, pkt 239.

ujawniają ich strategię rynkową, ani informacji technicznych, które wykraczają poza wymogi rozporządzenia. Przedsiębiorstwa mogą być w stanie ograniczyć częstotliwość wymiany, aby informacje były w mniejszym stopniu szczególnie chronionymi informacjami handlowymi. W miarę możliwości należy stosować informacje zagregowane lub zakresy, by uniknąć wymiany indywidualnych lub bardziej szczegółowych danych. Przedsiębiorstwa mogą również rozważyć skorzystanie z usług niezależnego usługodawcy będącego osobą trzecią („powiernik”), który otrzymuje indywidualne informacje z kilku źródeł na podstawie umów o poufności, a następnie zestawia je, sprawdza i agreguje w zbiorcze informacje zwrotne, które nie dają możliwości wywiedzenia na ich podstawie indywidualnych danych.

6.2. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

6.2.1. Wprowadzenie

412. Wymiana informacji jest wspólną cechą wielu konkurencyjnych rynków, a jej skutkiem mogą być różnego rodzaju korzyści wynikające z przyrostu wydajności. Może ona eliminować problem asymetrii informacji¹⁹⁷, dzięki czemu rynki stają się bardziej wydajne. W ostatnich latach w szczególności udostępnianie danych zyskało na znaczeniu i stało się niezbędne w procesie świadomego podejmowania decyzji dzięki wykorzystaniu technik analizy dużych zbiorów danych i uczenia maszynowego¹⁹⁸. Ponadto umożliwia przedsiębiorstwom osiąganie większej wydajności wewnętrznej poprzez porównywanie ich wyników z najlepszymi praktykami innych przedsiębiorstw. Wymiana informacji może także pomóc przedsiębiorstwom w oszczędzaniu kosztów dzięki ograniczaniu zapasów, umożliwieniu szybszej dostawy łatwo psujących się produktów do konsumentów lub radzeniu sobie z niestabilnym popytem itp. Udostępnianie informacji tego samego rodzaju lub o charakterze uzupełniającym może umożliwić przedsiębiorstwom opracowywanie nowych lub lepszych produktów lub usług bądź szkolenie algorytmów na większą, bardziej znaczącą skalę. Co więcej, wymiana informacji może stanowić bezpośrednią korzyść dla konsumentów dzięki ograniczeniu kosztów poszukiwania produktu i poprawę wyboru.
413. Jak wskazano w pkt 15, wymianę informacji można rozpatrywać na podstawie art. 101 ust. 1 tylko w przypadku, gdy stanowi ona jedyny przedmiot lub jeden z przedmiotów porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw. Jak określono w pkt 15, pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje – poza uzgodnieniem dokonany przez przedsiębiorstwa – zachowanie na rynku będące wynikiem tego uzgodnienia i związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nimi¹⁹⁹. Jeżeli wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych między konkurentami odbywa się w celu wypracowania antykonkurencyjnego porozumienia, jest to wystarczające do tego, aby dowieść istnienia praktyki uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1. W tym względzie nie ma konieczności wykazywania, że ci konkurenci są formalnie zobowiązani do przyjęcia takiego czy innego zachowania czy też, że uzgodnili oni wspólnie swoje przyszłe zachowanie na

¹⁹⁷ Ekonomiczna teoria asymetrii informacji zajmuje się badaniem decyzji podejmowanych w transakcjach, w których jedna strona posiada więcej informacji niż druga.

¹⁹⁸ Do udostępniania danych zachęca się również w europejskiej strategii w zakresie danych.

¹⁹⁹ Zob. wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 39–40; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 126.

rynku²⁰⁰. Ponadto istnieje domniemanie, iż przy określaniu swojego zachowania na rynku przedsiębiorstwa uczestniczące w praktyce uzgodnionej i nieprzerwanie działające na rynku uwzględniają informacje, które wymieniły ze swoimi konkurentami²⁰¹.

414. Główna zasada konkurencji polega na tym, że każde przedsiębiorstwo samodzielnie określa swoje zachowanie gospodarcze na rynku właściwym. Zasada ta nie uniemożliwia przedsiębiorstwom inteligentnego dostosowywania się do istniejących lub oczekiwanych zachowań konkurentów lub do zwyczajowych warunków występujących na rynku. Przedsiębiorstwa powinny jednak unikać wymiany informacji, której celem lub skutkiem jest stworzenie warunków konkurencji nieodpowiadających normalnym warunkom panującym na rynku właściwym. Ma to miejsce w przypadku, gdy wymiana wpływa na zachowanie faktycznego lub potencjalnego konkurenta na tym rynku bądź prowadzi do ujawnienia takiemu konkurentowi planów lub zamiarów, które inny konkurent chce na nim realizować²⁰².
415. W niniejszej sekcji przedstawiono najpierw dwa główne problemy w zakresie konkurencji związane z wymianą informacji (sekcja 6.2.2). Następnie przedstawiono więcej wskazówek dotyczących znaczenia charakteru wymienianych informacji w odniesieniu do oceny na podstawie art. 101 ust. 1 (sekcja 6.2.3) oraz cech samej wymiany (sekcja 6.2.4), jak również cech rynku (sekcja 6.2.5). Dwie specjalne sekcje poświęcone są ograniczeniom konkurencji ze względu na cel (sekcja 6.2.6) i ze względu na skutek (sekcja 6.2.7).

6.2.2. Główne problemy w zakresie konkurencji związane z wymianą informacji²⁰³

6.2.2.1. Zmowa

416. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może, poprzez sztuczne zwiększenie przejrzystości między konkurentami rynku, ułatwiać koordynację konkurencyjnego zachowania przedsiębiorstw i powodować ograniczenia konkurencji. Ma to miejsce zwłaszcza wówczas, gdy wymiana stanowi wsparcie innego antykonkurencyjnego mechanizmu²⁰⁴.
417. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych *sama w sobie* może umożliwiać przedsiębiorstwom dojście do porozumienia w sprawie warunków koordynacji, co może doprowadzić do powstania zmowy na rynku. Wymiana może powodować wzajemnie zgodne oczekiwania w odniesieniu do niepewności istniejącej na rynku. Na tej podstawie przedsiębiorstwa mogą następnie dojść do

²⁰⁰ Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., *Duravit i in./Komisja*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, pkt 135.

²⁰¹ Wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., *ICAP i in./Komisja*, T-180/15, EU:T:2017:795, pkt 57; wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 51 oraz wyrok z dnia 19 marca 2015 r., *Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 127.

²⁰² Wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., *Eturas i in.*, C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 27 oraz wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 32–33.

²⁰³ Użycie zwrotu „główne problemy w zakresie konkurencji” oznacza, że przedstawiony opis problemów w zakresie konkurencji nie jest ani wyłączny ani wyczerpujący.

²⁰⁴ Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., *Duravit i in./Komisja*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, pkt 134; wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., *Aalborg Portland i in./Komisja*, sprawa C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 281.

porozumienia w sprawie swojego zachowania na rynku, nawet bez zawierania wyraźnego porozumienia w kwestii koordynacji²⁰⁵.

418. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może być również stosowana jako metoda zwiększenia *wewnętrznej stabilności* porozumienia antykonkurencyjnego lub uzgodnionej praktyki na rynku. Wymiana informacji może spowodować przejrzystość rynku wystarczającą do tego, aby będące w zmowie przedsiębiorstwa mogły w wystarczającym stopniu monitorować, czy inne przedsiębiorstwa odstępują od zmowy i w ten sposób ustalić czas podjęcia działań odwetowych. Takim mechanizmem monitorowania może być zarówno wymiana bieżących danych, jak i danych z przeszłości. Może to umożliwić przedsiębiorstwom osiągnięcie zmowy na rynkach, na których w innym przypadku nie byłyby w stanie tego uczynić, lub może spowodować zwiększenie stabilności zmowy już istniejącej na rynku.

Ryzyko powstania zmowy na rynku może się zwiększyć na przykład poprzez stosowanie przez konkurentów algorytmów²⁰⁶. Algorytmy mogą umożliwić konkurentom zwiększenie przejrzystości rynku, wykrywanie odstępstw cenowych w czasie rzeczywistym oraz zwiększenie skuteczności mechanizmów karania. Z drugiej strony, aby zмова algorytmiczna była możliwa, oprócz szczególnego projektu algorytmów wymagane są pewne strukturalne warunki rynkowe, takie jak wysoka częstotliwość interakcji, ograniczona siła nabywcza i obecność jednolitych produktów/usług.

419. Ponadto, wymiana informacji może być również stosowana jako metoda zwiększenia *zewnętrznej stabilności* porozumienia antykonkurencyjnego lub uzgodnionej praktyki na rynku. Wymiana, która powoduje wystarczającą przejrzystość rynku, może umożliwić będącym w zmowie przedsiębiorstwom monitorowanie, gdzie i kiedy inne przedsiębiorstwa próbują wejść na rynek, pozwalając w ten sposób uczestniczącym w zmowie przedsiębiorstwom na skupienie się na nowym uczestniku rynku. Takim mechanizmem monitorowania może być zarówno wymiana bieżących informacji, jak i informacji z przeszłości.

6.2.2.2. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku

420. Oprócz ułatwiania zmowy wymiana informacji może również prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do tego samego rynku, na którym odbywa się ta wymiana, lub do rynku powiązanego²⁰⁷.
421. Zamknięcie dostępu do tego samego rynku może wystąpić, gdy wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych powoduje, że konkurenci nieuczestniczący w tej wymianie znajdują się w znacznie gorszym położeniu konkurencyjnym w porównaniu z przedsiębiorstwami, które w wymianie uczestniczą. Ten rodzaj zamknięcia dostępu do rynku jest możliwy, jeżeli przedmiotowe informacje mają strategiczne znaczenie, a wymiana obejmuje znaczącą część rynku właściwego.

²⁰⁵ Zob. na przykład wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., Campine i Campine Recykling/Komisja, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, pkt 305.

²⁰⁶ Zmowę algorytmiczną należy odróżnić od tak zwanej „zmowy za pomocą kodu”, która odnosi się do celowego stosowania przez konkurentów wspólnych algorytmów koordynacji zachowań. Zmowa za pomocą kodu jest zazwyczaj kartelem, a zatem stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, niezależnie od warunków rynkowych i wymienianych informacji.

²⁰⁷ Informacje na temat problemów dotyczących zamknięcia dostępu do rynku, które mogą wynikać z porozumień wertykalnych, znajdują się w pkt [...] wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

Może to mieć miejsce na przykład w przypadku inicjatyw w zakresie udostępniania danych, w ramach których udostępniane dane mają znaczenie strategiczne, stanowią dużą część rynku, a dostęp osób trzecich jest uniemożliwiony²⁰⁸. Inicjatywy takie nie ułatwiają również wejścia na rynek nowych operatorów.

422. Nie można wykluczyć, że wymiana informacji może również prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku osobom trzecim na rynku powiązanym. Na przykład przedsiębiorstwa zintegrowane wertykalnie, które wymieniają informacje na rynku wyższego szczebla, mogą zdobyć władzę rynkową i zmówić się, aby podnieść cenę kluczowego komponentu dla rynku niższego szczebla. W ten sposób mogą podnieść koszty swoich rywali na rynku niższego szczebla, co może spowodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku niższego szczebla. Ponadto przedsiębiorstwa, które stosują nieprzejrzyste i dyskryminujące warunki dostępu do udostępnianych informacji, mogą ograniczać zdolność osób trzecich do wykrywania tendencji w zakresie potencjalnych nowych produktów na rynkach powiązanych.

6.2.3. Charakter wymienianych informacji

6.2.3.1. Szczególnie chronione informacje handlowe

423. Art. 101 ust. 1 ma zastosowanie, jeżeli wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może wpłynąć na strategię handlową konkurentów. Ma to miejsce w przypadku, gdy informacje po wymianie ograniczają niepewność co do przyszłych lub obecnych działań jednego konkurenta lub kilku konkurentów na rynku i niezależnie od tego, czy przedsiębiorstwa uczestniczące w wymianie uzyskują jakąś korzyść ze swojej współpracy. Często dotyczy to informacji, których ochrona jest dla przedsiębiorstwa istotna w celu utrzymania lub wzmocnienia jego pozycji konkurencyjnej na rynku. Informacje na temat ustalania cen są na przykład szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, ale art. 101 ust. 1 ma zastosowanie również wówczas, gdy wymiana nie ma bezpośredniego wpływu na ceny uiszczane przez ostatecznych konsumentów²⁰⁹. Fakt, że wymieniane informacje mogą być nieprawidłowe lub wprowadzające w błąd, sam w sobie nie eliminuje ryzyka, że mogą one wpłynąć na zachowanie konkurentów na rynku²¹⁰.
424. Do informacji, które zostały uznane za szczególnie chronione informacje handlowe i których wymiana została zakwalifikowana jako ograniczenie ze względu na cel, należą:

*informacje o ustalaniu cen przez przedsiębiorstwo i jego zamiarach w odniesieniu do cen wymieniane z konkurentami*²¹¹;

²⁰⁸ W wyroku z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, w pkt 57–58 podkreślono znaczenie przeprowadzenia analizy podstawowej struktury rynku w celu ustalenia, czy ryzyko zamknięcia dostępu do rynku jest prawdopodobne.

²⁰⁹ Wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 123 oraz wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 36.

²¹⁰ Wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r. Philips i Philips France/Komisja, T-762/14, EU:T:2016:738, pkt 91.

²¹¹ Zob. na przykład wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2020:307, pkt 96; wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r. Philips i Philips France/Komisja, T-762/14, EU:T:2016:738, pkt 134–136. Nie jest konieczne, aby informacje te odnosiły się bezpośrednio do cen. Wymiana informacji, które stanowią element decydujący o cenie, jaką zapłaci ostateczny konsument, również może być ograniczeniem ze względu na cel. Zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 37.

*informacje o obecnych i przyszłych zdolnościach produkcyjnych przedsiębiorstwa wymieniane z konkurentami*²¹²;

*informacje o planowanej strategii handlowej przedsiębiorstwa wymieniane z konkurentami*²¹³;

*informacje o ustaleniach przedsiębiorstwa dotyczących obecnego i przyszłego popytu wymieniane z konkurentami*²¹⁴;

*informacje o przyszłej sprzedaży przedsiębiorstwa wymieniane z konkurentami*²¹⁵;

*informacje o aktualnej sytuacji przedsiębiorstwa i jego strategii biznesowej wymieniane z konkurentami*²¹⁶;

*informacje o przyszłych cechach produktów, które są istotne dla konsumentów, wymieniane z konkurentami*²¹⁷;

*informacje o pozycjach na rynku i strategiach na aukcjach produktów finansowych wymieniane z konkurentami*²¹⁸.

6.2.3.2. Informacje jawne

425. Informacje „rzeczywiście jawne” to informacje zazwyczaj równie dostępne (jeśli chodzi o koszty dostępu) dla wszystkich konkurentów i klientów²¹⁹. Ponieważ informacje te są publicznie dostępne, mogły utracić swój charakter szczególnie chronionych informacji handlowych. Zasadniczo jest mało prawdopodobne, by wymiana informacji rzeczywiście jawnych stanowiła naruszenie art. 101²²⁰. Fakt, że informacje są rzeczywiście jawne, może zmniejszyć prawdopodobieństwo zмовy na rynku w zakresie, w jakim przedsiębiorstwa nieuczestniczące w tej koordynacji, potencjalni konkurenci, a także klienci są w stanie zahamować potencjalne skutki ograniczające konkurencję²²¹.

²¹² Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2020:307, pkt 85 i 96; wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r. Philips i Philips France/Komisja, T-762/14, EU:T:2016:738, pkt 104.

²¹³ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2020:307, pkt 98.

²¹⁴ Wyrok z dnia 9 września 2015 r., Samsung SDI i in./Komisja, T-84/13, EU:T:2015:611, pkt 51.

²¹⁵ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2020:307, pkt 96.

²¹⁶ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2020:307, pkt 70.

²¹⁷ Decyzja Komisji z dnia 8 lipca 2021 r. w sprawie AT40178 – Emisja spalin przez samochody, motywy 84, 107 i 124–126.

²¹⁸ Decyzja Komisji z dnia 20 maja 2021 r. w sprawie AT.40324 – Europejskie obligacje skarbowe, motyw 94.

²¹⁹ Nie wyklucza to jednak możliwości zaoferowania po niższej cenie bazy danych klientom, którzy przekazali do niej dane, ponieważ przekazując te dane zwykle także ponoszą koszty.

²²⁰ Wyrok z dnia 30 września 2003 r., Atlantic Container Line i in./Komisja, T-191/98, T-212/98 – T-214/98, REC 2003 II-03275, EU:T:2003:245, pkt 1154. Sytuacja może być odmienna, jeżeli wymiana stanowi podstawę kartelu.

²²¹ Ocena barier wejścia oraz równoważącej „siły nabywczej” na rynku może być istotna dla określenia, czy podmioty nieuczestniczące w systemie wymiany danych byłyby w stanie zagrozić oczekiwanym wynikom koordynacji. Jednak większa przejrzystość dla klientów może zmniejszyć lub zwiększyć zakres zмовy, ponieważ przy większej przejrzystości dla klientów, z uwagi na większą elastyczność cenową popytu, korzyści z odstąpienia są większe, lecz działania odwetowe są bardziej dotkliwe.

426. Aby informacje były rzeczywiście jawne, ich uzyskanie nie powinno być droższe dla klientów i przedsiębiorstw, którzy nie uczestniczą w wymianie, niż dla przedsiębiorstw wymieniających informacje. Konkurenci nie będą zazwyczaj wymieniać informacji, które mogą równie łatwo zebrać na rynku, a zatem w praktyce wymiana informacji rzeczywiście jawnych jest mało prawdopodobna. Przeciwnie, nawet jeżeli informacje wymieniane między konkurentami uznaje się za znajdujące się w „*domenie publicznej*”, nie są one rzeczywiście jawne, jeżeli koszty związane z gromadzeniem tych informacji zniechęcają do tego inne przedsiębiorstwa i klientów²²². Możliwość gromadzenia informacji na rynku, na przykład zbieranie ich od klientów, niekoniecznie oznacza, że takie informacje stanowią dane rynkowe łatwo dostępne dla konkurentów²²³.

Typowym przykładem informacji rzeczywiście jawnej jest podawanie przez stacje benzynowe informacji o ich aktualnych cenach zarówno konsumentom, jak i pobliskim konkurentom. W przypadku braku porozumienia antykonkurencyjnego lub praktyki uzgodnionej podanie takiej informacji jest korzystne dla konsumentów, ponieważ ułatwia im porównanie cen między stacjami benzynowymi przed zatankowaniem samochodu, nawet jeśli informacja ta umożliwia również konkurentom zapoznanie się z cenami pobieranymi przez pobliskich konkurentów.

Gdyby właściciele stacji benzynowych rozpoczęli wymianę informacji o cenach w czasie rzeczywistym wyłącznie między sobą, ocena na podstawie art. 101 ust. 1 prawdopodobnie byłaby inna. Wymieniane przez właścicieli dane dotyczące cen nie są informacjami rzeczywiście jawnymi, ponieważ aby je uzyskać w inny sposób, należałoby poświęcić wiele czasu i ponieść koszty transportu. Aby zebrać informacje o cenach podanych na tablicach stacji benzynowych rozsianych po całym kraju, należałoby bowiem odbywać nieustanne podróże. Koszty takiego działania są potencjalnie wysokie, więc w praktyce nie można byłoby uzyskać tych informacji inaczej niż poprzez wymianę informacji. Ponadto wymiana jest systematyczna i obejmuje cały rynek właściwy, na którym istnieje zaledwie kilku konkurentów, a pojawienie się na nim nowych uczestników jest mało prawdopodobne. Wymiana ta prawdopodobnie tworzy klimat wzajemnej pewności między konkurentami odnośnie do ich polityki cenowej i w ten sposób może ułatwiać osiągnięcie zмовы.

427. Nawet jeżeli informacje są dostępne publicznie (np. informacje opublikowane przez organy regulacyjne), dodatkowa wymiana informacji przez konkurentów może wywoływać skutki ograniczające konkurencję, jeśli prowadzi do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku. W takim przypadku to właśnie dodatkowe wymieniane informacje mogą mieć decydujące znaczenie dla zmiany równowagi rynku w stronę zмовы.

W określonym sektorze może na przykład być powszechnie wiadomo, że koszty dostaw rosną. Na spotkaniach dwustronnych lub podczas spotkań odpowiedniego stowarzyszenia handlowego uczestnicy mogą poruszać kwestię tego zjawiska. Chociaż konkurenci mogą odnosić się do rosnących kosztów dostaw – ponieważ są to informacje powszechnie znane – nie mogą wspólnie oceniać rosnących kosztów, jeśli

²²² Co więcej, fakt, że strony wymiany opublikowały wcześniej dane (np. w dzienniku lub na swojej stronie internetowej), nie oznacza, że późniejsza niejawna wymiana informacji nie naruszy art. 101 ust. 1.

²²³ Zob. wyrok z dnia 12 lipca 2001 r., Tate & Lyle i in./Komisja, T-202/98, T-204/98 i T-207/98, REC 2001 II-02035, EU:T:2001:185, pkt 60.

ogranicza to niepewność co do przyszłych lub bieżących działań poszczególnych konkurentów na rynku²²⁴. Konkurent musi samodzielnie określić politykę, którą zamierza przyjąć na rynku wewnętrznym. Oznacza to, że każdy z konkurentów musi we własnym zakresie zdecydować, jaka będzie jego reakcja na rosnące koszty dostaw.

6.2.3.3. Zagregowane/zindywidualizowane informacje i dane

428. Charakter informacji polegający na tym, że są one szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, zależy także od ich przydatności dla konkurentów. W zależności od okoliczności wymiana surowych danych może być w mniejszym stopniu związana ze szczególnie chronionymi informacjami handlowymi niż wymiana danych, które zostały już przetworzone w istotne informacje. Podobnie, surowe dane mogą być w mniejszym stopniu związane ze szczególnie chronionymi informacjami handlowymi niż dane zagregowane, a równocześnie ich wymiana może pozwolić przedsiębiorstwom na uzyskanie większego przyrostu wydajności. Spowodowanie ograniczenia konkurencji przez wymianę rzeczywiście zagregowanych informacji, w przypadku których rozpoznanie informacji dotyczących indywidualnego przedsiębiorstwa jest dostatecznie trudne lub niepewne, jest jednocześnie dużo mniej prawdopodobne niż w przypadku wymiany informacji dotyczących przedsiębiorstw.
429. Gromadzenie i publikacja zagregowanych informacji rynkowych (takich jak dane dotyczące sprzedaży, zdolności produkcyjnych, kosztów nakładów i składników) przez stowarzyszenie handlowe lub firmę zajmującą się rozpoznaniem rynku mogą przynosić korzyści zarówno konkurentom, jak i klientom poprzez zmniejszenie kosztów dzięki umożliwieniu im uzyskania wyraźniejszego ogólnego obrazu sytuacji gospodarczej w danym sektorze. Takie gromadzenie i publikacja informacji mogą pozwolić poszczególnym konkurentom na podejmowanie bardziej świadomych decyzji w celu skutecznego dostosowania ich indywidualnych strategii konkurencyjnych do warunków panujących na rynku. W ogólniejszym ujęciu mało prawdopodobne jest, by wymiana zagregowanych informacji powodowała ograniczenie konkurencji, chyba że odbywa się ona między stosunkowo małą liczbą przedsiębiorstw o wystarczająco dużym udziale w rynku. Z drugiej strony wymiana zindywidualizowanych informacji może ułatwiać dojście do porozumienia na rynku i realizowanie strategii karania, ponieważ umożliwia przedsiębiorstwom uczestniczącym w koordynacji skuteczniejsze wyodrębnienie podmiotu odstępującego od koordynacji lub nowego uczestnika rynku. Niemniej jednak nie można wykluczyć, że nawet wymiana zagregowanych informacji i danych może ułatwiać zмовę na rynkach o określonych cechach. Mianowicie członkowie bardzo wąskiego i stabilnego oligopolu wymieniający zagregowane informacje, którzy wykryją na rynku cenę poniżej pewnego poziomu, mogą automatycznie zakładać, że ktoś odstąpił od zмовы, i podjąć działania odwetowe obejmujące cały rynek. Innymi słowy, aby zмова była trwała, przedsiębiorstwa należące do bardzo wąskiego i trwałego oligopolu nie zawsze muszą wiedzieć, kto odstąpił od zмовы, wystarczy im wiedza, że „ktoś” odstąpił.

²²⁴

Zob. np. wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Dole Food Company i Dole Germany/Komisja, T-588/08, EU:T:2013:130, pkt 291–295.

6.2.3.4. Wiek informacji

430. W wielu branżach informacje stają się informacjami historycznymi stosunkowo szybko i w związku z tym tracą swój charakter szczególnie chronionych informacji handlowych. Jest mało prawdopodobne, by do zmowy doprowadziła wymiana informacji historycznych, ponieważ informacje takie zazwyczaj nie wskazują na planowane zachowanie konkurentów ani nie zapewniają porozumienia na rynku²²⁵. Co do zasady im informacje są starsze, tym są mniej przydatne do celów wykrycia na czas odstępstw, a tym samym jako wiarygodna groźba szybkich działań odwetowych²²⁶. Wymaga to jednak indywidualnej oceny znaczenia informacji²²⁷.
431. Historyczny charakter informacji zależy do określonych cech rynku właściwego, częstotliwości negocjacji dotyczących zakupu i sprzedaży w danej branży oraz wieku informacji, na podstawie których zazwyczaj podejmuje się decyzje biznesowe w tej branży. Informacje mogą na przykład być uważane za historyczne, jeżeli są kilka razy starsze niż średnia długość trwania cykli cenowych lub umów w danej branży, jeśli umowy takie wskazują na renegotjowanie cen. Z drugiej strony wymiana aktualnych informacji może wywołać skutki ograniczające konkurencję, w szczególności jeśli wymiana ta służy sztuczemu zwiększeniu przejrzystości między przedsiębiorstwami, a nie wobec konsumentów.

Na przykład, jeżeli przedsiębiorstwa na ogół opierają się na danych na temat preferencji konsumentów (zakupów lub innych wyborów) z ostatniego roku w celu optymalizacji swoich strategicznych decyzji biznesowych dotyczących ich marek, informacje obejmujące ten okres będą zazwyczaj w większym stopniu miały charakter szczególnie chronionych informacji handlowych. Informacje z ostatniego roku nie są wówczas uznawane za „historyczne”.

6.2.4. Cechy wymiany

6.2.4.1. Jednostronne ujawnienia

432. Sytuacja, w której tylko jedno przedsiębiorstwo ujawnia szczególnie chronione informacje handlowe swojemu konkurentowi lub swoim konkurentom, a ci je przyjmują, może stanowić praktykę uzgodnioną²²⁸. Takie ujawnienie może nastąpić na przykład w drodze zamieszczania wpisów na stronach internetowych, za pośrednictwem wiadomości (na czacie), wiadomości e-mail, rozmów telefonicznych, wkładu we wspólne narzędzie algorytmiczne, spotkań itp. W tym kontekście nie ma znaczenia, czy tylko jedno przedsiębiorstwo poinformuje swoich konkurentów jednostronnie o tym, w jaki sposób zamierza zachować się na rynku, czy też

²²⁵ Gromadzone dane historyczne mogą być wykorzystane również jako wkład stowarzyszenia z danej branży do polityki publicznej lub służyć do analizy przeglądu polityki publicznej.

²²⁶ Na przykład w przeszłości Komisja uznawała w sprawach wymianę danych indywidualnych pochodzących sprzed ponad roku za wymianę danych historycznych niestanowiącą ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, natomiast informacje sprzed mniej niż roku uznawane były za niedawne; decyzja Komisji w sprawie IV/31.370 – Wymiana rejestracji ciągników rolniczych w Zjednoczonym Królestwie, motyw 50; decyzja Komisji w sprawie IV/36.069 – Wirtschaftsvereinigung Stahl, Dz.U. L 1 z 3.1.1998, s. 10, motyw 17.

²²⁷ W wyroku z dnia 12 lipca 2019 r., Sony i Sony Electronics/Komisja, T-762/15, EU:T:2019:515, pkt 127, Sąd uznał, że w okolicznościach sprawy wiedza o wynikach aukcji z przeszłości była dla konkurentów niezwykle istotną informacją zarówno do celów monitorowania, jak i mając na uwadze przyszłe umowy.

²²⁸ Zob. wyrok z dnia 15 marca 2000 r., Cimenteries CBR/Komisja, T-25/95 i inne, REC ECR 2000 II-00491, EU:T:2000:77, pkt 1849.

wszystkie przedsiębiorstwa obecne na rynku wzajemnie poinformują się o swoich określonych planach i zamiarach. Gdy tylko jedno przedsiębiorstwo ujawnia swoim konkurentom szczególnie chronione informacje handlowe dotyczące swojej przyszłej polityki handlowej, wśród wszystkich jego konkurentów maleje strategiczna niepewność co do przyszłego funkcjonowania rynku i zwiększa się niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji oraz zмовy między nimi²²⁹.

Na przykład udział w spotkaniu²³⁰, na którym przedsiębiorstwo wyjawia swoim konkurentom swoje plany cenowe, będzie prawdopodobnie objęte zakresem art. 101 ust. 1, nawet w przypadku braku wyraźnego porozumienia dotyczącego podwyższenia cen²³¹. Podobnie wprowadzenie zasady ustalania cen we wspólnym narzędziu algorytmicznym (np. najniższa cena na odpowiednich platformach internetowych lub w sklepach internetowych +5 % lub cena jednego z konkurentów -5 %) prawdopodobnie również będzie objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, nawet w przypadku braku wyraźnego porozumienia dotyczącego dostosowania przyszłych cen.

Z drugiej strony samo wysłanie wiadomości e-mail na osobiste skrzynki pocztowe nie świadczy o tym, że odbiorcy powinni znać treść tej wiadomości²³². Może ono, w świetle innych obiektywnych i spójnych poszlak, uzasadniać domniemanie, że odbiorcy znali treść, lecz odbiorcy ci muszą zachować możliwość obalenia tego domniemania²³³.

433. Jeśli przedsiębiorstwo otrzyma szczególnie chronione informacje handlowe od konkurenta (na spotkaniu, podczas rozmowy telefonicznej, drogą elektroniczną lub jako wkład we wspólne narzędzie algorytmiczne), będzie się zakładać, że uwzględniło ono te informacje i odpowiednio dostosowało swoje zachowanie na rynku, chyba że wyraźnie ono oświadczy, iż nie chce otrzymywać takich informacji²³⁴, lub zgłosi to organom administracyjnym.
434. Praktyki uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 co do zasady nie będzie stanowić jednostronne, rzeczywiście jawne ogłoszenie wydane przez przedsiębiorstwo, na przykład opublikowane na publicznie dostępnej stronie internetowej, wygłoszone publicznie lub zamieszczone w gazecie²³⁵. W zależności od faktów leżących u podstaw danej sprawy nie można jednak wykluczyć możliwości stwierdzenia praktyki uzgodnionej. Jak wyjaśniono w pkt 426, podawanie rzeczywiście jawnych informacji i danych może pomóc klientom w dokonywaniu świadomych wyborów. Osiągnięcie przyrostu wydajności jest jednak mniej prawdopodobne, jeśli informacje

²²⁹ Zob. opinia rzecznika generalnego Kokott z dnia 19 lutego 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., sprawa C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 54.

²³⁰ Zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 59.

²³¹ Zob. wyrok z dnia 12 lipca 2001 r., Tate & Lyle i in./Komisja, T-202/98, T-204/98 i T-207/98, REC 2001 II-02035, EU:T:2001:185, pkt 54.

²³² Wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 39–40.

²³³ W wyroku z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 41, Trybunał podał przykłady sposobu, w jaki można obalić to domniemanie: poprzez wykazanie, że adresat nie otrzymał wiadomości albo że nie odczytał zawartości odpowiedniego pola, albo że odczytał jego zawartość dopiero po upływie pewnego czasu od wysłania.

²³⁴ Zob. wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 48; wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., Hüls/Komisja, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 162; wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., Komisja/Anic Participazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 121.

²³⁵ Zob. wyrok z dnia 5 października 2020 r., Casino, Guichard-Perrachon i AMC/Komisja, T-249/17, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2020:458, pkt 263–267.

odnoszą się do przyszłych zamiarów, które mogą nie zostać zrealizowane i nie są wiążące dla przedsiębiorstwa wobec jego klientów²³⁶.

Na przykład jednostronne jawne ogłoszenie dotyczące przyszłych zamiarów w zakresie cen nie będzie wiążące dla przedsiębiorstwa dokonującego ogłoszenia wobec jego klientów, ale może być istotnym sygnałem dla jego konkurentów co do planowanej strategii rynkowej przedsiębiorstwa. Będzie to miało miejsce w szczególności wówczas, gdy informacja jest wystarczająco szczegółowa. W związku z tym takie ogłoszenia zazwyczaj nie przynoszą przyrostu wydajności z korzyścią dla konsumentów, ale mogą ułatwiać zмовę.

Jednostronne jawne ogłoszenia mogą również wskazywać na istnienie jednostronnego porozumienia antykonkurencyjnego lub jednostronnej praktyki uzgodnionej. Na rynku, na którym obecnych jest zaledwie kilku konkurentów i istnieją wysokie bariery wejścia, przedsiębiorstwa stale ujawniające informacje bez oczywistej korzyści dla konsumentów (na przykład informacje o kosztach badań i rozwoju, kosztach dostosowania do wymogów środowiskowych itp.) mogą – przy braku innego wiarygodnego wyjaśnienia – uczestniczyć w naruszeniu art. 101 ust. 1. Jednostronne jawne ogłoszenia mogą być wykorzystywane do realizacji lub monitorowania ich ustaleń związanych ze zмовą. To, czy takie naruszenie zostanie rzeczywiście stwierdzone, będzie zależało od całości dostępnego materiału dowodowego.

6.2.4.2. Pośrednia wymiana informacji i wymiana w ramach mieszanych relacji wertykalnych/horyzontalnych

435. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych między konkurentami może odbywać się za pośrednictwem osoby trzeciej (np. usługodawcy będącego osobą trzecią, w tym platformy lub dostawcy narzędzi optymalizacji będących osobą trzecią), wspólnego podmiotu (np. organizacji branżowej), za pośrednictwem jednego z ich dostawców lub klientów²³⁷ bądź za pośrednictwem wspólnego algorytmu (zwanymi łącznie „osobą trzecią”). Głównym problemem w zakresie konkurencji jest to, że wymiana może zmniejszać niepewność co do działań konkurentów, a tym samym prowadzić do zмовy na rynku. W takich przypadkach zмова jest ułatwana lub wymuszana przez osobę trzecią. W zależności od okoliczności sprawy zarówno konkurenci, jak i osoba trzecia mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności za taką zмовę. Z brzmienia art. 101 ust. 1 nie wynika, że wyrażony w nim zakaz dotyczy jedynie stron porozumień lub uzgodnionych praktyk, które prowadzą działalność na dotkniętych nimi rynkach²³⁸.
436. W przypadku pośredniej wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych wymagana jest indywidualna analiza roli każdego z uczestników w celu ustalenia, czy wymiana dotyczy porozumienia antykonkurencyjnego lub praktyki uzgodnionej oraz kto ponosi odpowiedzialność za zмовę. W ocenie tej konieczne będzie uwzględnienie przede wszystkim poziomu świadomości dostawców lub odbiorców

²³⁶ Zob. na przykład decyzja Komisji z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie AT.39850 – Żegluga kontenerowa, motywy 40–43.

²³⁷ Chociaż wskazówki co do oceny wertykalnych porozumień dystrybucyjnych są dostępne w rozporządzeniu VBER i wytycznych dotyczących VBER, porozumienia wertykalne mogą być w określonych okolicznościach wykorzystywane do celów zмовy horyzontalnej

²³⁸ Wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., ICAP i in./Komisja, T-180/15, EU:T:2017:795, pkt 103; wyrok z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisja, C-194/14 P, EU:C:2015:717, pkt 27, 34–35.

informacji co do wymiany między innymi odbiorcami lub dostawcami informacji a osobą trzecią.

Można wyróżnić kilka okoliczności:

Niektóre pośrednie wymiany informacji określa się mianem porozumień podstawowych i powiązanych. W takich przypadkach wspólny dostawca lub producent pełni funkcję podstawową, aby przekazywać informacje różnym detalistom, ale może zdarzyć się również, że detalista ułatwia koordynację między wieloma dostawcami lub producentami. Również platforma internetowa może pełnić funkcję podstawową, jeśli ułatwia, koordynuje lub egzekwuje praktyki antykonkurencyjne wśród użytkowników korzystających z jej usług.

Platformy internetowe mogą na przykład umożliwiać wymianę informacji między użytkownikami platformy w celu zabezpieczenia określonych marż lub poziomów cen. Ponadto platformy mogą być wykorzystywane do nakładania ograniczeń operacyjnych na system, uniemożliwiając w ten sposób użytkownikom platformy oferowanie niższych cen lub innych korzyści odbiorcom końcowym. Inne rodzaje pośredniej wymiany informacji mogą dotyczyć opierania się przez (potencjalnych) konkurentów na wspólnym algorytmie optymalizacji, który pozwalałby na podejmowanie decyzji biznesowych na podstawie szczególnie chronionych danych handlowych pochodzących od różnych konkurentów, lub wdrażania w odpowiednich zautomatyzowanych narzędziach dostosowanych/skoordynowanych funkcji lub mechanizmów optymalizacji. Mimo że wykorzystywanie publicznie dostępnych danych do zasilania oprogramowania algorytmicznego jest zgodne z prawem, agregowanie informacji szczególnie chronionych w narzędzie do ustalania cen oferowane przez pojedynczą firmę informatyczną, do którego dostęp mają różni konkurenci, może być równoznaczne ze złą horyzontalną.

Wspólny podmiot, taki jak stowarzyszenie handlowe, również może ułatwiać wymianę między swoimi członkami.

437. Przedsiębiorstwo, które pośrednio otrzymuje lub przekazuje szczególnie chronione informacje handlowe, może zostać pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie art. 101 ust. 1. Jest to możliwe pod warunkiem, że przedsiębiorstwo, które otrzymało lub przekazało te informacje, znało antykonkurencyjne cele realizowane przez jego konkurentów i osobę trzecią i zamierzało własnym zachowaniem przyczynić się do ich realizacji. Warunek ten miałby zastosowanie, gdyby przedsiębiorstwo w sposób wyraźny lub dorozumiany uzgodniło z dostawcą będącym osobą trzecią udostępnienie tych informacji swoim konkurentom lub gdyby zamierzało za pośrednictwem osoby trzeciej ujawnić swoim konkurentom szczególnie chronione informacje handlowe. Ponadto warunek ten byłby spełniony, gdyby przedsiębiorstwo otrzymujące lub przekazujące informacje mogło racjonalnie przewidzieć, że osoba trzecia udostępni informacje handlowe jego konkurentom, i gdyby było gotowe podjąć związane z tym ryzyko. Z drugiej strony warunek ten nie jest spełniony, jeżeli osoba trzecia wykorzystwała szczególnie chronione informacje handlowe przedsiębiorstwa i – nie informując go o tym – przekazała je jego konkurentom²³⁹.
438. Podobnie osoba trzecia, która przekazuje szczególnie chronione informacje handlowe, może również zostać pociągnięta do odpowiedzialności za takie

²³⁹ Wyrok z dnia 21 lipca 2016 r., VM Remonts i in., C-542/14, EU:C:2016:578, pkt 30; wyrok z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisja, C-194/14 P, EU:C:2015:717, pkt 30.

naruszenie, jeśli zamierzała przyczynić się swoim zachowaniem do wspólnych celów realizowanych przez ogół uczestników porozumienia i wiedziała o postępowaniu planowanym lub wprowadzanym w życie przez inne przedsiębiorstwa w dążeniu do tych samych celów lub mogła to rozsądnie przewidzieć i była gotowa zaakceptować takie ryzyko²⁴⁰.

6.2.4.3. Częstotliwość wymiany informacji

439. Częsta wymiana informacji, która ułatwia zarówno lepsze wspólne rozumienie rynku, jak i monitorowanie odstępstw, zwiększa ryzyko wystąpienia zмовы. Na niestabilnych rynkach, aby ułatwić osiągnięcie zмовы, konieczna może być częstsza wymiana informacji niż na rynkach stabilnych. Na rynkach, na których występują umowy długoterminowe (wskazujące na rzadkie negocjacje dotyczące zakupu i sprzedaży), do osiągnięcia zмовы może zwykle wystarczyć rzadsza wymiana informacji. Z drugiej strony rzadkie wymiany informacji mogą być niewystarczające do osiągnięcia zмовы na rynkach, na których występują umowy krótkoterminowe z częstym renegotjowaniem²⁴¹. Częstotliwość, z jaką informacje powinny być wymieniane, by ułatwić zмовę, co do zasady zależy także od charakteru, wieku i stopnia zagregowania takich informacji²⁴². W wyniku wzrastającego znaczenia danych w czasie rzeczywistym dla zdolności przedsiębiorstw do skutecznego konkurowania największą przewagę konkurencyjną zyskuje się dzięki zautomatyzowanej wymianie informacji w czasie rzeczywistym.

6.2.4.4. Środki wprowadzone w celu ograniczenia lub kontroli sposobu wykorzystania danych

440. Przedsiębiorstwa, które chcą (lub muszą) wymieniać informacje, mogą wprowadzić środki ograniczające dostęp do informacji lub kontrolować sposób wykorzystania informacji²⁴³. Środki takie mogą zapobiec wpływowi szczególnie chronionych informacji handlowych na zachowanie konkurenta.

Przedsiębiorstwa mogą na przykład korzystać z zespołów clean team do odbioru i przetwarzania informacji. Pojęcie clean team ogólnie odnosi się do ograniczonej grupy osób z przedsiębiorstwa, które nie są zaangażowane w codzienną działalność komercyjną oraz podlegają rygorystycznemu protokołowi dotyczącemu poufności w odniesieniu do szczególnie chronionych informacji handlowych. Zespół clean team może być na przykład wykorzystywany przy realizacji innego horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego w celu zapewnienia, aby informacje przekazywane na potrzeby współpracy były dostarczane zgodnie z zasadą ograniczonego dostępu i w sposób zagregowany.

Uczestnicy zbiorów danych co do zasady powinni mieć dostęp wyłącznie do własnych informacji oraz końcowych, zagregowanych informacji innych uczestników. Techniczne i praktyczne środki mogą zapewnić, aby uczestnik nie był w stanie pozyskać szczególnie chronionych informacji handlowych od innych uczestników.

²⁴⁰ Wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., ICAP i in./Komisja, T-180/15, EU:T:2017:795, pkt 100.

²⁴¹ Na przykład rzadko zawierane umowy mogą zmniejszać prawdopodobieństwo działań odwetowych.

²⁴² W zależności od struktury rynku i ogólnego kontekstu wymiany nie można wykluczyć, że pojedyncza wymiana może stanowić dla przedsiębiorstw wystarczającą podstawę do uzgodnienia ich zachowania na rynku; zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 59.

²⁴³ W przypadku gdy wymiana obejmuje dane osobowe, obowiązki takie mogą wynikać już z ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, Dz.U. L 119 z 4.5.2016, s. 1.

Zarządzanie zbiorem danych można na przykład powierzyć niezależnej osobie trzeciej, która podlega rygorystycznym zasadom poufności w odniesieniu do informacji otrzymywanych od uczestników zbioru danych. Osoby zarządzające zbiorem danych powinny także zapewnić, aby gromadzone były jedynie te informacje, które są niezbędne do realizacji zgodnego z prawem celu zbioru danych.

6.2.4.5. Dostęp do gromadzonych informacji i danych

441. W sytuacjach, w których wymieniane informacje mają strategiczne znaczenie dla konkurencji i obejmują znaczną część rynku właściwego – ale nie stwarzają ryzyka zmonopolizacji – warunki dostępu do tych informacji stanowią istotny element oceny ewentualnych skutków w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Wymiana takich informacji strategicznych może być dopuszczalna wyłącznie wówczas, gdy informacje te zostaną udostępnione w sposób niedyskryminacyjny wszystkim przedsiębiorstwom działającym na rynku właściwym. W przypadku niezapewnienia takiego udostępnienia niektórzy konkurenci znaleźliby się w niekorzystnej sytuacji, ponieważ dysponowaliby mniejszą ilością informacji, co nie ułatwiałoby również wejścia nowych podmiotów na rynek²⁴⁴.
442. Może to mieć miejsce w szczególności w przypadku inicjatyw w zakresie udostępniania danych, w ramach których dane udostępniane w zbiorze danych stanowią dużą część rynku. Jeżeli udostępniane dane stanowią cenne aktywa umożliwiające konkurencję na rynku, konkurentom, którym odmówiono do nich dostępu (lub tylko udzielono go na mniej korzystnych warunkach), może zostać zamknięty dostęp do rynku. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1 będzie zależała od takich elementów, jak charakter udostępnianych danych, warunki porozumienia o udostępnianiu danych i wymogi w zakresie dostępu, a także pozycja rynkowa zainteresowanych stron. Zakładając, że zbiór danych nie prowadzi do zmonopolizacji, pewna forma otwartego członkostwa lub dostępu do zbioru danych ograniczyłaby ryzyko antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. W ocenie należy uwzględnić fakt, że skutki w postaci zamknięcia dostępu do rynku wynikające z odmowy udzielenia dostępu do zbioru danych mogą być znaczące, w szczególności w przypadku wysokiego stopnia koncentracji rynku i danych oraz w przypadku gdy dane połączone w zbiór dają istotną przewagę konkurencyjną w zakresie obsługi nie tylko rynku właściwego, ale także rynków sąsiednich.

6.2.5. Cechy rynku

443. Prawdopodobieństwo, że wymiana informacji doprowadzi do zmonopolizacji lub zamknięcia dostępu do rynku, zależy od cech rynku. Wymiana może mieć wpływ również na te cechy rynku. Do cech rynku istotnych w tym względzie należą między innymi: poziom przejrzystości rynku, liczba obecnych na nim przedsiębiorstw, istnienie barier wejścia, jednorodny charakter produktu lub usługi, których dotyczy wymiana, jednorodny charakter zaangażowanych przedsiębiorstw²⁴⁵ oraz stabilność warunków popytu i podaży na rynku²⁴⁶.

²⁴⁴ Wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 60.

²⁴⁵ Jeżeli przedsiębiorstwa są jednorodne pod względem kosztów, popytu, udziału w rynku, asortymentu produktów, mocy produkcyjnych itp., istnieje większe prawdopodobieństwo, że dojdą do porozumienia w sprawie warunków koordynacji, ponieważ ich motywacja jest bardziej zbieżna.

²⁴⁶ Należy zauważyć, że nie jest to pełny wykaz istotnych cech rynku. Mogą istnieć inne cechy rynku, które są istotne w strukturze określonej wymiany informacji.

444. Łatwiej jest dojść do porozumienia w sprawie warunków koordynacji i monitorować odstępstwa na rynku, na którym obecnych jest zaledwie kilka przedsiębiorstw. Jeżeli rynek jest w dużym stopniu skoncentrowany, wymiana niektórych informacji, zwłaszcza w zależności od rodzaju wymienianych informacji, jest w stanie umożliwić przedsiębiorstwom poznanie sytuacji i strategii handlowej ich konkurentów na rynku, zakłócając w ten sposób współzawodnictwo na tym rynku i zwiększając prawdopodobieństwo zмовy, a nawet ją ułatwiając. Jeżeli natomiast rynek jest rozproszony, przekazywanie i wymiana informacji między konkurentami może mieć charakter neutralny czy wręcz korzystny dla konkurencyjności rynku²⁴⁷.
445. Rynek, który jest bardzo przejrzysty, może ułatwiać zмовę poprzez umożliwienie przedsiębiorstwom dojścia do porozumienia w sprawie warunków koordynacji i poprzez zwiększenie wewnętrznej i zewnętrznej stabilności zмовy²⁴⁸.
446. Prawdopodobieństwo wystąpienia zмовy jest większe również wówczas, gdy warunki popytu i podaży na rynku są stosunkowo stabilne²⁴⁹. Zmienny popyt, znaczny wzrost wewnętrzny w przypadku pewnych przedsiębiorstw na rynku lub częste wejścia nowych uczestników na rynek mogą wskazywać na to, że aktualna sytuacja nie jest na tyle stabilna, aby koordynacja była prawdopodobna²⁵⁰, lub mogą wymagać częstszych wymian informacji, aby mieć wpływ na konkurencję.
447. Ponadto koordynacja może być trudniejsza na rynkach, na których ważna jest innowacyjność, ponieważ szczególnie znaczące innowacje mogą pozwolić jednemu przedsiębiorstwu na uzyskanie dużej przewagi nad rywalami. Aby zмова była trwała, reakcje podmiotów zewnętrznych, takich jak aktualni i potencjalni konkurenci, którzy nie uczestniczą w koordynacji działań, oraz klientów nie powinny być w stanie zagrozić wynikom, których oczekuje się dzięki zmovie. W tym kontekście istnienie barier wejścia powoduje większe prawdopodobieństwo, że zмова na rynku będzie wykonalna i trwała.

6.2.6. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel

448. Wymiana informacji będzie uznawana za ograniczenie ze względu na cel, jeżeli informacje są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, a wymiana może usunąć niepewność między uczestnikami co do czasu, zakresu i szczegółów zmian, które zainteresowane przedsiębiorstwa mają przyjąć w swoim postępowaniu na rynku²⁵¹. Oceniając, czy wymiana informacji stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, Komisja zwróci szczególną uwagę na jej treść, cele oraz kontekst prawny i gospodarczy, w którym następuje wymiana informacji²⁵². W ramach oceny takiego kontekstu należy wziąć pod uwagę charakter towarów lub usług, których to

²⁴⁷ Zob. wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 58 i wspomniane w nim orzecznictwo.

²⁴⁸ Zob. także pkt 452.

²⁴⁹ Zob. wyrok z dnia 27 października 1994 r., Deere/Komisja, T-35/92, EU:T:1994:259, pkt 78.

²⁵⁰ Zob. decyzja Komisji w sprawach IV/31.370 i 31.446 – Wymiana rejestracji ciągników rolniczych w Zjednoczonym Królestwie, Dz.U. L 68 z 13.3.1992, s. 19, motyw 51 i wyrok z dnia 27 października 1994 r., Deere/Komisja, T-35/92, EU:T:1994:259, pkt 78.

²⁵¹ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, dotychczas nieopublikowany, EU:T:2020:307, pkt 100. Zob. również: wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 122; wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 41.

²⁵² Zob. np. wyrok z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 58; wyrok z dnia 20 listopada 2008 r., BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 15 i kolejne.

porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury danego rynku lub danych rynków²⁵³.

449. Z przykładów podanych w pkt 424 wyraźnie wynika, że bezpośredni związek między wymienianymi informacjami a cenami konsumpcyjnymi nie jest wymagany, aby wymiana stanowiła ograniczenie ze względu na cel. Decydującym kryterium przy ustalaniu, czy doszło do naruszenia ze względu na cel, jest charakter kontaktów, a nie ich częstotliwość²⁵⁴.

Na przykład: grupa konkurentów obawia się, że ich produkty mogą podlegać coraz bardziej rygorystycznym wymogom środowiskowym. W kontekście wspólnych działań lobbystycznych regularnie spotykają się i wymieniają poglądy. Aby wypracować wspólne stanowisko w sprawie przyszłych wniosków ustawodawczych, wymieniają pewne informacje dotyczące środowiskowych cech swoich istniejących produktów. Dopóki informacje te mają charakter historyczny i nie pozwalają przedsiębiorstwom na poznanie planowanych strategii rynkowych konkurentów, wymiana ta nie stanowi ograniczenia w rozumieniu art. 101 ust. 1.

Jeżeli jednak przedsiębiorstwa zaczną wymieniać informacje na temat opracowywania przyszłych produktów, istnieje ryzyko, że taka wymiana może wpłynąć na zachowanie konkurentów na rynku. Wymiana ta może doprowadzić do sytuacji, w której konkurenci dojdą do wspólnego porozumienia, aby nie wprowadzać do obrotu produktów, które są bardziej przyjazne dla środowiska niż jest to wymagane na mocy prawa. Taka koordynacja wpływa na zachowanie stron na rynku oraz ogranicza wybory konsumentów i konkurencję w zakresie cech produktów. Zostanie ona zatem uznana za ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

450. Wymiana informacji może być uznana za kartel, jeśli jej celem jest koordynacja zachowań konkurencyjnych lub wpływanie na istotne czynniki konkurencji na rynku między dwoma konkurentami lub większą ich liczbą. Wymiana informacji stanowi kartel, jeżeli jest ona porozumieniem lub praktyką uzgodnioną przez co najmniej dwóch konkurentów w celu do koordynowania ich zachowań konkurencyjnych na rynku lub do wpływania na istotne czynniki konkurencji poprzez stosowanie takich praktyk jak – choć niewyłącznie – ustalanie lub koordynowanie cen zakupu lub sprzedaży lub ustalanie lub koordynowanie innych warunków handlowych, w tym w odniesieniu do praw własności intelektualnej, przydział kwot produkcji lub sprzedaży, podział rynków i klientów, w tym zmowa przetargowa, ograniczanie przywozu lub wywozu lub działania antykonkurencyjne podejmowane przeciwko innym konkurentom. Wymiana informacji stanowiąca kartel nie tylko narusza art. 101 ust. 1, lecz także najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3. Wymiana informacji może także ułatwiać wprowadzenie kartelu w życie poprzez umożliwianie przedsiębiorstwom monitorowania, czy uczestnicy stosują się do uzgodnionych warunków. Takie rodzaje wymiany informacji będą oceniane jako element kartelu.

²⁵³ Wyrok z dnia 26 września 2018 r. Philips i Philips France/Komisja, C-98/17 P, EU:C:2018:774, pkt 35.

²⁵⁴ Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., Campine i Campine Recykling/Komisja, T-240/17, EU:T:2019:778, pkt 308.

6.2.7. Skutki ograniczające konkurencję

451. Wymiana informacji, która nie stanowi ograniczenia ze względu na cel, wciąż może mieć *skutki ograniczające konkurencję*.
452. Jak wskazano w pkt 37, prawdopodobny wpływ wymiany informacji na konkurencję należy przeanalizować w każdym indywidualnym przypadku, ponieważ wyniki oceny zależą od połączenia różnych czynników właściwych dla konkretnego przypadku. W ramach tej oceny Komisja porówna faktyczne lub potencjalne skutki wymiany informacji dla aktualnych warunków na rynku z sytuacją, która miałaby miejsce w przypadku braku tej konkretnej wymiany informacji²⁵⁵. Aby można było uznać, że wymiana informacji ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, musi istnieć prawdopodobieństwo znaczącego negatywnego wpływu na jeden (lub kilka) z parametrów konkurencji, takich jak cena, produkcja, jakość produktu, różnorodność lub innowacyjność produktu.
453. Do oceny ewentualnych skutków ograniczających istotne są: charakter wymienianych informacji (zob. sekcja 6.2.3), cechy wymiany (zob. sekcja 6.2.4) i cechy rynku (zob. sekcja 6.2.5)²⁵⁶.
454. Aby istniało prawdopodobieństwo, że wymiana informacji wywoła skutki ograniczające konkurencję, przedsiębiorstwa uczestniczące w tej wymianie muszą dysponować pokryciem wystarczająco dużej części rynku właściwego. W przeciwnym razie konkurenci, którzy nie uczestniczą w wymianie, mogliby ograniczyć wszelkie antykonkurencyjne zachowanie przedsiębiorstw zaangażowanych w wymianę.
455. „Wystarczająco dużej części rynku” nie da się zdefiniować teoretycznie – będzie ona zależała od określonej sytuacji faktycznej każdego przypadku i od rodzaju przedmiotowej wymiany. Jeżeli wymiana informacji odbywa się w kontekście innego rodzaju horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, każda taka wymiana, która nie wykracza poza to, co jest konieczne do jego wdrożenia, zazwyczaj nie wywoła skutków ograniczających konkurencję, w przypadku gdy pokrycie rynku jest na poziomie niższym niż progi udziału w rynku określone w odpowiednim rozdziale niniejszych wytycznych, we właściwym rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych²⁵⁷ lub w *zawiadomieniu de minimis*, które odpowiadają danemu rodzajowi porozumienia²⁵⁸.
456. Prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających konkurencję w przypadku wymiany informacji, która w niewielkim stopniu przyczynia się do zwiększenia przejrzystości rynku, jest mniejsze niż w przypadku wymiany informacji, która powoduje znaczne zwiększenie przejrzystości. O stopniu prawdopodobieństwa wystąpienia skutków ograniczających konkurencję w przypadku wymiany decyduje zatem zarówno uprzednio istniejący poziom przejrzystości, jak i sposób, w jaki poziom ten zmienia się wskutek wymiany

²⁵⁵ Wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 76.

²⁵⁶ Wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 54.

²⁵⁷ Wymiana informacji w kontekście porozumienia badawczo-rozwojowego, o ile nie wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji porozumienia, może skorzystać z przystani bezpieczeństwa w wysokości 25 % ustanowionej w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Jeśli chodzi o rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, odpowiednia przystań bezpieczeństwa wynosi 20 %.

²⁵⁸ Zob. sekcja 1.2.8.

informacji. Prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencji na skutek wymiany informacji jest większe w wąskich oligopolach niż w szerszych oligopolach. Ponadto jest mniej prawdopodobne, że wymiana informacji spowoduje takie skutki na rynkach bardzo rozdrobnionych.

6.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

6.3.1. Przyrost wydajności²⁵⁹

457. Wymiana informacji może prowadzić do przyrostu wydajności w zależności od cech rynku. Przedsiębiorstwa mogą na przykład osiągnąć większą wydajność, jeżeli porównają swoje wyniki z najlepszymi praktykami w danej branży. Wymiana informacji może również przyczynić się do odporności rynku, umożliwiając przedsiębiorstwom szybsze reagowanie na zmiany popytu i podaży oraz pozwalając im na ograniczenie wewnętrznego i zewnętrznego ryzyka związanego z zakłóceniami lub podatnością łańcucha dostaw. Może przynieść korzyści zarówno konsumentom, jak i przedsiębiorstwom, dając wgląd we względne cechy produktów, na przykład dzięki publikacji list bestsellerów lub danych porównawczych dotyczących cen. Rzeczywiście jawna wymiana informacji może zatem przynieść korzyści konsumentom, pomagając im w dokonaniu bardziej świadomego wyboru (i obniżając koszty poszukiwania produktu). Podobnie jawna wymiana informacji na temat aktualnych cen produktów wejściowych może zmniejszyć koszty poszukiwania produktu ponoszone przez przedsiębiorstwa, co zazwyczaj może przełożyć się na niższe ceny końcowe dla konsumentów.
458. Na rynkach, które charakteryzuje asymetryczność informacji na temat konsumentów, wymiana danych dotyczących konsumentów między przedsiębiorstwami może również spowodować przyrost wydajności. Na przykład śledzenie wcześniejszego zachowania konsumentów pod względem wypadkowości lub ryzyka kredytowego stanowi dla nich motywację do ograniczania poziomu narażenia na ryzyko. Umożliwia to także wykrycie grupy konsumentów, w której ryzyko jest niższe i która w związku z tym powinna korzystać z niższych cen. W tym kontekście wymiana informacji może także zmniejszyć uzależnienie konsumenta od jednego przedsiębiorstwa, powodując tym samym wzrost konkurencji. Wynika to z faktu, że informacje są zazwyczaj specyficzne dla danej relacji i konsumenci utraciliby korzyści wynikające z tych informacji, gdyby zaczęli korzystać z usług innego przedsiębiorstwa. Przykłady takiego przyrostu wydajności można znaleźć w sektorach bankowości i ubezpieczeń, które charakteryzują się częstą wymianą informacji na temat niewykonania zobowiązań przez konsumentów i charakterystyki związanego z nimi ryzyka.

6.3.2. Niezbędność

459. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności wynikającego z wymiany informacji, nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. Aby spełnić warunek niezbędności, strony muszą wykazać, że charakter informacji i kontekst, w jakim odbywa się wymiana, nie stwarzają żadnych zagrożeń dla nieskrępowanej konkurencji, które są zbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności, na który się powołują. Ponadto wymiana nie

²⁵⁹ Omówienie potencjalnego przyrostu wydajności wynikającego z wymiany informacji nie ma charakteru wyłącznego ani wyczerpującego.

powinna obejmować informacji wykraczających poza zmienne, które są istotne dla osiągnięcia przyrostu wydajności.

Na przykład do celów analizy porównawczej wymiana zindywidualizowanych danych zasadniczo nie jest niezbędna, ponieważ informacje zagregowane (np. w postaci rankingu sektorowego) również mogą wywołać przyrost wydajności, na który się wskazuje, a jednocześnie wiążą się z mniejszym ryzykiem doprowadzenia do zмовы.

6.3.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*

460. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom muszą zostać przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez wymianę informacji. Im mniejsza jest władza rynkowa stron uczestniczących w wymianie informacji, tym większe jest prawdopodobieństwo, że korzyści z przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

6.3.4. *Nieeliminowanie konkurencji*

461. Kryteria określone w art. 101 ust. 3 nie mogą być spełnione, jeżeli przedsiębiorstwa uczestniczące w wymianie informacji otrzymują możliwość wyeliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

6.4. Przykłady

Przykład 1

Sytuacja: Luksusowe hotele w stolicy kraju A tworzą wąski, mało złożony i stabilny oligopol charakteryzujący się jednolitą strukturą kosztów, który stanowi rynek właściwy odrębny od innych hoteli. Hotele te bezpośrednio wymieniają indywidualne informacje o aktualnych wskaźnikach obłożenia i dochodach. W tym przypadku na podstawie wymienianych informacji strony mogą bezpośrednio wywnioskować stosowane przez siebie rzeczywiste aktualne ceny.

Analiza: Ta wymiana informacji, jeżeli nie byłaby zamaskowanym środkiem wymiany informacji na temat przyszłych zamiarów, zasadniczo nie stanowiłaby ograniczenia konkurencji ze względu na cel, ponieważ hotele wymieniają bieżące dane, a nie informacje o planowanych przyszłych cenach lub ilościach. Taka wymiana informacji wywołałaby jednak skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, ponieważ znajomość rzeczywistych aktualnych cen konkurentów ułatwiałaby prawdopodobnie koordynację ich konkurencyjnego zachowania. Najprawdopodobniej informacje te zostałyby wykorzystane do monitorowania odstępstw od zмовы. Wymiana informacji zwiększa przejrzystość na rynku, ponieważ mimo że hotele zazwyczaj publikują swoje cenniki, oferują one również różne obniżki w stosunku do cennika, wynikające z negocjacji albo wczesnych lub grupowych rezerwacji itd. Z tego względu dodatkowe informacje, które nie są publicznie wymieniane między hotelami, są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi. Przedmiotowa wymiana informacji może ułatwiać zмовę na rynku, ponieważ zaangażowane strony tworzą wąski, niezłożony i stabilny oligopol uczestniczący w długoterminowej relacji konkurencyjnej (powtarzające się interakcje). Ponadto struktura kosztów hoteli jest w dużej mierze jednorodna. Co więcej, ani konsumenci, ani nowi uczestnicy rynku nie mogą ograniczyć antykonkurencyjnego zachowania przedsiębiorstw zasiedziałych, ponieważ konsumenci mają małą siłę nabywczą, a bariery wejścia na rynek są znaczne. W tej

sytuacji nie jest prawdopodobne, by strony były w stanie wykazać jakikolwiek przyrost wydajności wynikający z wymiany informacji, który byłby przenoszony na konsumentów w stopniu przewyższającym możliwe skutki ograniczające konkurencję. Warunki określone w art. 101 ust. 3 prawdopodobnie nie są więc spełnione.

Przykład 2

Sytuacja: Trzy duże przedsiębiorstwa, które łącznie posiadają 80 % udziału w stabilnym, niezłożonym, skoncentrowanym rynku o wysokich barierach wejścia, często wymieniają bezpośrednio między sobą niejawne informacje na temat znacznej części swoich indywidualnych kosztów. Przedsiębiorstwa twierdzą, że wymieniają informacje, aby dokonywać analizy porównawczej swoich wyników w stosunku do konkurentów i w ten sposób osiągnąć większą wydajność.

Analiza: Ta wymiana informacji w zasadzie nie stanowi ograniczenia konkurencji ze względu na cel. W związku z tym należy ocenić jej wpływ na rynek. Ze względu na strukturę rynku, fakt, że wymieniane informacje dotyczą dużej części kosztów zmiennych przedsiębiorstw, indywidualną formę przedstawienia danych oraz duży stopień pokrycia rynku właściwego wymiana informacji prawdopodobnie ułatwia zmonopolizację i powoduje tym samym skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Spełnienie kryteriów określonych w art. 101 ust. 3 jest mało prawdopodobne, ponieważ osiągnięcie wskazywanego przyrostu wydajności jest możliwe dzięki zastosowaniu środków w mniejszym stopniu ograniczających konkurencję, jak na przykład zbieranie, anonimizacja i agregowanie danych przez osobę trzecią w formie rankingu sektorowego. Ponadto biorąc pod uwagę, że w tym przypadku strony tworzą wąski, mało złożony i stabilny oligopol, nawet wymiana zagregowanych danych może ułatwiać zmonopolizację na rynku. Byłoby to jednak bardzo mało prawdopodobne, gdyby przedmiotowa wymiana danych miała miejsce na nieprzejrzystym, rozdrobnionym, niestabilnym i złożonym rynku.

Przykład 3

Sytuacja: Na rynku właściwym działa pięciu producentów świeżego, butelkowanego soku z marchwi. Popyt na ten produkt jest bardzo niestabilny i jest różny w zależności od miejsca i czasu. Sok musi zostać sprzedany i spożyty w ciągu jednego dnia od wyprodukowania. Producenci uzgodnili utworzenie niezależnego przedsiębiorstwa badania rynku, które gromadzi codziennie aktualne informacje o niesprzedanym soku w każdym punkcie sprzedaży i publikuje je w następnym tygodniu na swojej stronie internetowej w formie zagregowanej dla każdego punktu sprzedaży. Opublikowane statystyki umożliwiają producentom i detalistom prognozowanie popytu i lepsze pozycjonowanie produktu. Zanim wprowadzono tę wymianę informacji, detaliści zgłaszali duże ilości zmarnowanego soku i dlatego zmniejszali ilość soku kupowanego od producentów, tj. rynek nie działał skutecznie. W rezultacie w niektórych okresach i na niektórych obszarach popyt nie był często zaspokajany. System wymiany informacji, który pozwala lepiej prognozować nadwyżkę i niedobór podaży, pozwolił na znaczne zmniejszenie liczby przypadków niezaspokojenia potrzeb konsumentów i na zwiększenie sprzedanej ilości soku na rynku.

Analiza: Chociaż rynek jest dość skoncentrowany, a wymieniane dane są niedawne i strategiczne, istnieje małe prawdopodobieństwo, że wspomniana wymiana ułatwi

osiągnięcie zmony, ponieważ popyt na rynku jest niestabilny. Nawet jeśli wymiana niesie za sobą pewne ryzyko wywołania skutków ograniczających konkurencję, to dzięki lepszemu dostosowaniu podaży i popytu, a tym samym ograniczeniu marnotrawstwa, prawdopodobnie doprowadzi do przyrostu wydajności. Informacje są wymieniane w sposób jawny w formie zagregowanej, co niesie mniejsze zagrożenia antykonkurencyjne, niż gdyby były one niejawne i zindywidualizowane. Wymiana informacji nie wykracza zatem poza to, co jest konieczne do skorygowania niedoskonałości rynku. Tym samym przedmiotowa wymiana informacji prawdopodobnie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

Przykład 4

Sytuacja: Na rynku, który często boryka się z brakami w zaopatrzeniu, obecnych jest wielu producentów podstawowych produktów. W celu poprawy zaopatrzenia i zwiększenia produkcji w najbardziej efektywny i celowy sposób, stowarzyszenie branżowe proponuje gromadzenie danych oraz stworzenie modelu popytu i podaży dla omawianych produktów podstawowych. Ponadto producenci gromadziliby dane pozwalające określić zdolności produkcyjne, istniejące zapasy oraz możliwości optymalizacji łańcucha dostaw. Firma doradcza pomagałaby stowarzyszeniu w gromadzeniu danych i agregowaniu ich w modelu, przy czym dane podlegałyby umowom o poufności zawartych z każdym producentem. Dane zagregowane byłyby przekazywane producentom w celu przywrócenia równowagi i dostosowania wykorzystania ich indywidualnych mocy produkcyjnych, produkcji i dostaw.

Analiza: Zebrane dane są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, a ich wymiana między producentami mogłaby wyeliminować niepewność między uczestnikami co do czasu, zakresu i szczegółów zmian, które zainteresowane przedsiębiorstwa mają przyjąć w swoim postępowaniu na rynku. Ponadto producenci, którzy nie są członkami stowarzyszenia branżowego, mogą znaleźć się w znacznie gorszym położeniu konkurencyjnym w porównaniu z przedsiębiorstwami, które w wymianie uczestniczą.

Aby uniknąć ryzyka zmony, można zastosować szereg środków. Jeżeli bezwzględnie wymagana jest wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych między producentami, wykraczająca poza informacje, które byłyby gromadzone i udostępniane w formie zagregowanej przez stowarzyszenie branżowe i firmę doradcą (np. w celu wspólnego ustalenia, gdzie najlepiej przedstawić produkcję lub zwiększyć moce produkcyjne), wymiana taka musiałaby być ściśle ograniczona do zakresu niezbędnego do skutecznego osiągnięcia celów. Wszelkie informacje i wymiany danych związane z projektem powinny być dobrze udokumentowane, aby zapewnić przejrzystość wzajemnych relacji. Uczestnicy musieliby zobowiązać się do unikania wszelkich dyskusji na temat cen lub koordynacji w innych kwestiach, które nie są niezbędne do osiągnięcia celów. Projekt powinien być również ograniczony w czasie, tak aby wymiana została natychmiast zakończona, gdy ryzyko niedoborów przestanie być wystarczająco naglącym zagrożeniem, aby uzasadniać współpracę. Jedynie konsultant otrzymywałby wrażliwe dane handlowe i byłby odpowiedzialny za ich agregację. Obawy związane z zamknięciem dostępu do rynku można byłoby złagodzić, gdyby projekt był otwarty dla każdego producenta wytwarzającego dany produkt, niezależnie od tego, czy jest on członkiem odpowiedniego stowarzyszenia branżowego.

7. POROZUMIENIA STANDARYZACYJNE

7.1. Wprowadzenie

462. Głównym celem porozumień standaryzacyjnych jest definiowanie wymogów technicznych lub jakościowych, które mogą spełniać obecne lub przyszłe produkty, procesy produkcji, procesy należytej staranności łańcucha wartości, usługi lub metody²⁶⁰. Porozumienia standaryzacyjne mogą dotyczyć różnych kwestii, takich jak normalizacja różnych klas lub rozmiarów danego produktu lub specyfikacje techniczne na rynkach produktowych lub usługowych, na których istotna jest zgodność i interoperacyjność z innymi produktami i systemami. Warunki uzyskania danego znaku jakości lub zatwierdzenia przez organ regulacyjny mogą również być uznawane za normę, podobnie jak umowy określające normy zrównoważonego rozwoju. Normy zrównoważonego rozwoju są podobne do porozumień standaryzacyjnych omówionych w niniejszym rozdziale, ale mają też cechy nietypowe dla tych porozumień standaryzacyjnych lub mniej w nich uwidocznione. W związku z tym odpowiednie wskazówki dotyczące takich norm zrównoważonego rozwoju przedstawiono w rozdziale 9.

463. Niniejsze wytyczne nie obejmują przygotowania i tworzenia norm technicznych jako części wykonywania uprawnień publicznych²⁶¹. Europejskie organizacje normalizacyjne uznane na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej²⁶² podlegają prawu konkurencji w zakresie, w jakim mogą zostać uznane za przedsiębiorstwa lub stowarzyszenia przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 i 102²⁶³. Niniejsze wytyczne nie dotyczą norm związanych z usługami świadczonymi w ramach wolnych zawodów, takich jak zasady dopuszczenia do wykonywania tych zawodów.

7.2. Rynki właściwe

464. Porozumienia standaryzacyjne mogą wywierać skutki na czterech potencjalnych rynkach, które będą określane zgodnie z obwieszczeniem Komisji w sprawie definicji rynku i wszelkimi przyszłymi wskazówkami dotyczącymi definicji rynków właściwych na potrzeby unijnego prawa konkurencji. Po pierwsze, opracowywanie norm może wpływać na rynek lub rynki produktowe lub usługowe, których norma lub normy dotyczą. Po drugie, jeżeli opracowywanie norm obejmuje rozwój lub wybór technologii lub jeżeli prawa własności intelektualnej są przedmiotem obrotu oddzielnie od produktów, z którymi są związane, norma może wpływać na rynek właściwy technologii²⁶⁴. Po trzecie, jeżeli istnieją różne organy lub porozumienia

²⁶⁰ Normalizacja może przybierać różne formy, począwszy od przyjęcia norm opartych na konsensusie przez uznane międzynarodowe, europejskie lub krajowe organy normalizacyjne, poprzez oparte na konsensusie specyfikacje techniczne opracowywane przez konsorcja i fora, aż po umowy między poszczególnymi przedsiębiorstwami.

²⁶¹ Zob. wyrok z dnia 26 marca 2009 r., Selex Sistemi Integrati/Komisja, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, pkt 92.

²⁶² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE.

²⁶³ Zob. wyrok z dnia 12 maja 2010 r., EMC Development/Komisja, T-432/05, EU:T:2010:189.

²⁶⁴ Zob. rozdział 2 dotyczący porozumień badawczo-rozwojowych, jak również wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień o transferze technologii, Dz.U. C 89

dotyczące opracowywania norm, może występować wpływ na rynek dotyczący opracowywania norm. Po czwarte, w stosownych przypadkach opracowywanie norm może wpływać na odrębny rynek testowania i certyfikacji.

7.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

7.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

465. Porozumienia standaryzacyjne zwykle przynoszą duże pozytywne skutki gospodarcze²⁶⁵, ponieważ na przykład promują wzajemne przenikanie się czynników gospodarczych na rynku wewnętrznym oraz sprzyjają rozwojowi nowych i ulepszonych produktów lub rynków i poprawie warunków dostaw. Normy zwykle powodują zatem zwiększenie konkurencji oraz obniżenie kosztów produkcji i sprzedaży, przynosząc korzyści całej gospodarce. Normy mogą także przyczyniać się do podtrzymywania i poprawy jakości, bezpieczeństwa, dostarczania informacji oraz zapewniania interoperacyjności i zgodności (zwiększając w ten sposób wartość dla konsumentów).
466. Uczestnicy normalizacji niekoniecznie są konkurentami. Opracowywanie norm może jednak w specyficznych okolicznościach, w przypadku gdy zaangażowani są konkurenci, wywołać również skutki ograniczające konkurencję, potencjalnie ograniczając konkurencję cenową i ograniczając lub kontrolując produkcję, rynki, rozwój innowacyjny lub technologiczny. Jak wyjaśniono poniżej, może się to odbywać na trzy różne sposoby, tj. poprzez (i) ograniczenie konkurencji cenowej, (ii) zamknięcie dostępu do innowacyjnych technologii bądź (iii) wykluczenie niektórych przedsiębiorstw albo dyskryminacyjne ich traktowanie poprzez uniemożliwienie im faktycznego dostępu do normy.
467. Po pierwsze, zaangażowanie się przedsiębiorstw w antykonkurencyjne dyskusje w kontekście opracowywania norm może spowodować zmniejszenie lub wyeliminowanie konkurencji cenowej na danych rynkach lub ograniczenie lub kontrolowanie produkcji, co z kolei może ułatwić zawarcie zмовy na rynku²⁶⁶.
468. Po drugie, normy, które określają szczegółowe specyfikacje techniczne produktu lub usługi, mogą ograniczać rozwój technologiczny i innowacje. W trakcie opracowywania danej normy różne technologie mogą ze sobą rywalizować o włączenie do tej normy. Gdy jedna technologia jest już wybrana lub opracowana, a norma ustalona, niektóre technologie i przedsiębiorstwa mogą napotkać barierę wejścia i mogą być potencjalnie wykluczone z rynku. Ponadto normy wymagające, aby w odniesieniu do danej normy była stosowana wyłącznie pewna szczególna technologia, mogą utrudniać rozwój i upowszechnianie innych technologii. Uniemożliwienie rozwoju innych technologii poprzez zobowiązywanie członków organizacji opracowującej normy do wyłącznego stosowania pewnej szczególnej normy może mieć ten sam skutek. Ryzyko ograniczenia innowacji jest większe w przypadku bezzasadnego wykluczenia z procesu opracowywania norm jednego lub kilku przedsiębiorstw.

z 28.3.2014, s. 3, pkt 20–26) („wytyczne w sprawie transferu technologii”), które dotyczą aspektów definicji rynku mających szczególne znaczenie w dziedzinie licencjonowania praw do technologii. Przykład definicji rynku zgodnie z takimi wytycznymi można znaleźć w decyzji Komisji w sprawie AT.39985, Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS, motywy 184–220.

²⁶⁵ Zob. także pkt 501.

²⁶⁶ W zależności od grona uczestników procesu opracowywania norm ograniczenia mogą wystąpić na rynku znormalizowanych produktów ze strony dostawcy lub nabywcy.

469. W odniesieniu do norm obejmujących prawa własności intelektualnej (PWI)²⁶⁷ teoretycznie można wyodrębnić trzy główne grupy przedsiębiorstw posiadających odmienne interesy co do opracowywania norm. Pierwszą stanowią przedsiębiorstwa prowadzące działalność tylko na rynku wyższego szczebla, które wyłącznie opracowują technologie i wprowadzają je do obrotu. Mogą to być również przedsiębiorstwa, które nabywają technologie w celu udzielania na nie licencji. Ich jedynym źródłem dochodu są dochody z licencji, a motywacją – maksymalne zwiększenie opłat licencyjnych. Drugą grupę stanowią przedsiębiorstwa prowadzące działalność tylko na rynku niższego szczebla, które jedynie wytwarzają produkty lub oferują usługi oparte na technologiach opracowanych przez inne podmioty i nie posiadają odpowiednich PWI. Opłaty licencyjne stanowią dla nich koszt, a nie źródło dochodu, a motywacją dla nich jest obniżenie opłat licencyjnych. Ostatnią grupę stanowią przedsiębiorstwa zintegrowane, które zarówno opracowują technologie chronione PWI, jak i sprzedają produkty, na które musiałyby uzyskać licencję. Motywacje w przypadku tych przedsiębiorstw są mieszane. Z jednej strony mogą one uzyskiwać dochody z licencjonowania swoich PWI. Z drugiej strony mogą również być zmuszone do ponoszenia opłat licencyjnych na rzecz innych przedsiębiorstw posiadających PWI kluczowe dla danej normy właściwej dla ich własnych produktów. Mogą one zatem dokonywać wymiany posiadanych własnych licencji na kluczowe PWI na licencje na kluczowe PWI będące w posiadaniu innych przedsiębiorstw lub wykorzystywać swoje PWI w celach obronnych. Ponadto przedsiębiorstwa mogą również wyceniać swoje PWI w inny sposób niż za pomocą opłat licencyjnych. W praktyce wiele przedsiębiorstw stosuje mieszkankę tych modeli biznesowych.
470. Po trzecie normalizacja może mieć skutki antykonkurencyjne, ponieważ może uniemożliwiać niektórym przedsiębiorstwom uzyskanie faktycznego dostępu do wyników procesu opracowywania norm (tj. specyfikacji lub PWI kluczowych dla wdrażania normy). Jeśli przedsiębiorstwu zupełnie uniemożliwia się dostęp do wyników normy lub jeśli taki dostęp udzielany jest na restrykcyjnych lub dyskryminujących zasadach, istnieje ryzyko wystąpienia skutków antykonkurencyjnych. System, w którym potencjalnie istotne PWI są z góry ujawniane, może zwiększyć prawdopodobieństwo udzielenia faktycznego dostępu do normy²⁶⁸, ponieważ umożliwia on uczestnikom określenie, jakie technologie są objęte PWI, a jakie nie. Prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji mają umożliwić realizację tych samych celów²⁶⁹ – promowania dobrobytu konsumentów i innowacji oraz efektywną alokację zasobów. PWI promują dynamiczną konkurencję, zachęcając przedsiębiorstwa do inwestowania w opracowywanie nowych lub ulepszonych produktów i procesów. PWI są zatem zasadniczo prokonkurencyjne. Przedsiębiorstwo posiadające PWI kluczowe dla wdrażania normy mogłoby jednak – z racji posiadanych praw i w specyficznym kontekście opracowywania norm – zyskać także kontrolę nad stosowaniem normy. Jeśli norma stanowi barierę wejścia na rynek, przedsiębiorstwo mogłoby tym samym kontrolować rynek produktowy lub usługowy, którego ta norma dotyczy. To z kolei mogłoby skłonić przedsiębiorstwa do antykonkurencyjnych zachowań, np. odmowy

²⁶⁷ W niniejszym rozdziale przez prawa własności intelektualnej (PWI) rozumie się w szczególności patenty (z wyłączeniem niepublikowanych zgłoszeń patentowych). Jeśli jednak inna kategoria PWI daje w praktyce ich posiadaczowi kontrolę nad wykorzystaniem normy, należy stosować te same zasady.

²⁶⁸ Jeśli towarzyszy temu również zobowiązanie FRAND. Zob. pkt 482–484.

²⁶⁹ Zob. wytyczne dotyczące transferu technologii, pkt 7.

udzielenia licencji na niezbędne PWI bądź narzucania dyskryminujących lub nadmiernie wysokich²⁷⁰ opłat licencyjnych, co uniemożliwia faktyczny dostęp do normy (ang. „hold-up”). Odwrotna sytuacja może również wystąpić, gdy negocjacje licencyjne przeciągają się z przyczyn leżących wyłącznie po stronie użytkownika normy. Może to obejmować np. odmowę uiszczenia opłaty licencyjnej FRAND lub stosowanie strategii opóźniających (ang. „hold-out”).

471. Jednakże, nawet jeśli ustanowienie normy może doprowadzić do powstania lub zwiększenia władzy rynkowej posiadaczy PWI kluczowych dla normy, nie można założyć, że posiadanie PWI kluczowych dla normy lub ich wykonywanie jest równoznaczne z posiadaniem lub wykorzystywaniem władzy rynkowej. Kwestia władzy rynkowej powinna być oceniana odrębnie w każdym indywidualnym przypadku²⁷¹.

7.3.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

472. Porozumienia, w których stosuje się normę jako element szerszego porozumienia ograniczającego konkurencję, ukierunkowanego na wykluczenie faktycznych lub potencjalnych konkurentów, ograniczają konkurencję ze względu na cel. W tej kategorii znalazłyby się na przykład: porozumienie, na mocy którego krajowe stowarzyszenie producentów ustanawia normę i wywiera presję na osoby trzecie, aby nie wprowadzały do obrotu produktów, które nie są zgodne z tą normą, lub zmowa osiągnięta przez producentów istniejącego produktu w celu wykluczenia nowej technologii z już istniejącej normy²⁷².
473. Wszelkie porozumienia mające na celu zmniejszenie konkurencji poprzez stosowanie ujawnienia najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji przed przyjęciem normy, zmierzające do ukrycia faktu wspólnego ustalania cen produktów z rynku niższego szczebla lub substytucyjnych PWI/technologii, będą stanowiły ograniczenie konkurencji ze względu na cel²⁷³.

7.3.3. Skutki ograniczające konkurencję

7.3.3.1. Porozumienia zasadniczo niepowodujące ograniczenia konkurencji

474. Porozumienia standaryzacyjne, które nie ograniczają konkurencji ze względu na cel, muszą być analizowane w ich kontekście prawnym i gospodarczym, w tym z uwzględnieniem charakteru towarów lub usług, których dotyczą, rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury danego rynku lub rynków, w odniesieniu do ich rzeczywistych i prawdopodobnych skutków dla konkurencji. W przypadku braku

²⁷⁰ Wysokie opłaty licencyjne mogą zostać uznane za nadmiernie wysokie tylko wówczas, gdy spełnione zostają warunki nadużycia pozycji dominującej, określone w art. 102 Traktatu i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zob. np. wyrok z dnia 14 lutego 1978 r., *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22.

²⁷¹ Zob. decyzja Komisji w sprawie AT.39985, *Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS*, motywy 221–270.

²⁷² Zob. np. decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, *Rury preizolowane*, motyw 147, w którym to przypadku część naruszenia art. 101 polegała na „stosowaniu norm i standardów w celu zapobieżenia wprowadzeniu nowej technologii lub opóźnienia takiego wprowadzenia, czego skutkiem miało być obniżenie cen”.

²⁷³ Powyższy punkt nie powinien uniemożliwiać ujawnień *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji w odniesieniu do patentów niezbędnych do spełnienia normy przez poszczególnych posiadaczy PWI lub maksymalnej skumulowanej stawki opłat licencyjnych przez wszystkich posiadaczy PWI, jak opisano w pkt 500. Nie ogranicza on także możliwości tworzenia zasobów patentowych, powstających zgodnie z zasadami określonymi w sekcji IV.4 wytycznych dotyczących transferu technologii lub z decyzją bezpłatnego udzielenia licencji na PWI kluczowe dla normy, jak określono w niniejszym rozdziale.

władzy rynkowej²⁷⁴ porozumienia standaryzacyjne nie mają ograniczających skutków dla konkurencji. Prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających jest zatem najmniejsze w przypadku, gdy istnieje skuteczna konkurencja między szeregiem dobrowolnie stosowanych norm.

475. W odniesieniu do tych porozumień w sprawie opracowywania norm, które mogą powodować uzyskanie władzy rynkowej, w pkt 477–483 określono warunki, w których porozumienia takie zasadniczo nie wchodziłyby w zakres stosowania art. 101 ust. 1.
476. Nieprzestrzeganie którejkolwiek z zasad przedstawionych w niniejszej sekcji nie spowoduje domniemania ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Niezbędna będzie jednak samoocena w celu określenia, czy porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, a jeśli tak – czy warunki określone w art. 101 ust. 3 są spełnione. W tym kontekście uznaje się, że istnieją różne modele opracowywania norm i że konkurencja w obrębie i pomiędzy tymi modelami stanowi pozytywny aspekt gospodarki rynkowej. W związku z tym organizacje opracowujące normy mają całkowitą swobodę w ustanawianiu zasad i procedur, które nie naruszają reguł konkurencji, a jednocześnie różnią się od zasad opisanych w pkt 477–483.
477. Jeżeli uczestnictwo w opracowywaniu norm jest **nieograniczone**, a **procedura** przyjęcia danej normy – **przejrzysta**, porozumienie standaryzacyjne, które **nie przewiduje obowiązku zgodności**²⁷⁵ z normą i **zapewnia dostęp** do normy na **sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach (FRAND)**, zwykle nie będzie stanowić ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.
478. W szczególności, aby zapewnić **nieograniczone uczestnictwo**, zasady określone przez organizacje opracowujące normy będą musiały gwarantować wszystkim konkurentom na rynku lub rynkach, na które dana norma wywiera wpływ, możliwość uczestniczenia w procesie prowadzącym do wyboru normy. Organizacje opracowujące normy będą również musiały posiadać obiektywne i niedyskryminacyjne procedury przydzielania prawa głosu oraz, w stosownych przypadkach, obiektywne kryteria wyboru technologii, która ma zostać włączona do normy.
479. W odniesieniu do kwestii **przejrzystości** właściwa organizacja opracowująca normy będzie musiała posiadać procedury, które umożliwiają zainteresowanym stronom faktyczne uzyskanie – w odpowiednim czasie i na każdym etapie opracowywania normy – informacji o zbliżających się, trwających i zakończonych pracach normalizacyjnych.
480. Ponadto zasady określone przez organizację opracowującą normy będą musiały gwarantować **skuteczny dostęp** do normy na **sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach**²⁷⁶.
481. W przypadku norm obejmujących PWI **wyraźna i wyważona polityka dotycząca PWI**²⁷⁷, **dostosowana do konkretnej branży** i potrzeb danej organizacji

²⁷⁴ Zob. również rozdział 1 – Wprowadzenie. W odniesieniu do udziałów w rynku zob. również pkt 498.

²⁷⁵ Zob. również w tym zakresie pkt 490.

²⁷⁶ Np. należy zapewnić faktyczny dostęp do specyfikacji normy.

²⁷⁷ Zgodnie z pkt 482 i 483. Zob. także komunikat Komisji Europejskiej COM(2017) 712 – „Określenie unijnego podejścia do patentów niezbędnych do spełnienia normy”.

opracowującej normy, zwiększa prawdopodobieństwo, że wdrażający normę będą posiadać faktyczny dostęp do norm opracowanych przez tę organizację.

482. Aby **zagwarantować skuteczny dostęp** do normy, polityka dotycząca PWI będzie musiała nakładać na uczestników, którzy pragną, aby ich PWI zostały uwzględnione w normie, obowiązek nieodwołalnego zobowiązania się na piśmie do udzielania licencji na swoje kluczowe PWI wszystkim osobom trzecim na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach („zobowiązanie FRAND”)²⁷⁸. Zobowiązania tego należy dokonać przed przyjęciem normy. Równocześnie polityka dotycząca PWI powinna zapewniać posiadaczom PWI możliwość wyłączenia specyficznej technologii z procesu opracowywania norm, a tym samym z zobowiązania do udzielenia licencji, pod warunkiem, że wyłączenie to odbywa się na wczesnym etapie opracowywania normy. W celu zapewnienia skuteczności zobowiązania FRAND konieczne będzie również, aby wymagać od wszystkich uczestniczących posiadaczy PWI, którzy zobowiązują się do przestrzegania tego zobowiązania, zagwarantowania, np. w drodze klauzuli umownej między nabywcą a sprzedającym, że zobowiązanie to jest wiążące dla każdego przedsiębiorstwa, któremu właściciel PWI przekazuje swoje prawa (w tym prawo do udzielania licencji na to PWI). Należy zauważyć, że FRAND może obejmować również nieodpłatne udzielanie licencji.
483. Ponadto polityka dotycząca PWI będzie musiała nakładać na uczestników **obowiązek ujawniania w dobrej wierze** swoich PWI, które mogą mieć zasadnicze znaczenie dla wdrożenia opracowywanej normy. Ma to znaczenie dla (i) umożliwienia przedsiębiorstwom z danej branży dokonywania świadomego wyboru technologii, która ma być włączona do normy²⁷⁹, oraz (ii) przyczynienia się do realizacji celu faktycznego dostępu do normy. Tego rodzaju zobowiązanie do ujawniania mogłoby opierać się na rozsądnych staraniach zmierzających do wskazania PWI związanych z ewentualną normą²⁸⁰ oraz aktualizowania ujawnionych informacji w miarę opracowywania normy. W odniesieniu do patentów, ujawnienie PWI powinno zawierać co najmniej numer patentu lub numer zgłoszenia

²⁷⁸ Zob. wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. i ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, pkt 53: „W tych okolicznościach i ze względu na fakt, że zobowiązanie do udzielenia licencji na warunkach FRAND jest źródłem uzasadnionych oczekiwań osób trzecich, iż właściciel SEP-a faktycznie udzieli im licencji na takich warunkach, odmowa udzielenia przez właściciela SEP-a licencji na tych samych warunkach może stanowić zasadniczo nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE”. Zob. także decyzja Komisji w sprawie AT.39985, Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS, pkt 417: „Biorąc pod uwagę proces standaryzacji, który doprowadził do przyjęcia standardu GPRS, oraz dobrowolne zobowiązanie się Motoroli do udzielenia licencji na SEP Cudak na warunkach FRAND, podmioty wdrażające standard GPRS mają uzasadnione oczekiwanie, że Motorola udzieli im licencji na ten SEP, pod warunkiem że nie są one niechętnie do zawarcia umowy licencyjnej na warunkach FRAND”.

²⁷⁹ Z kolei „zasadka patentowa” ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorstwo uczestniczące w procesie opracowywania normy celowo ukrywa fakt, że posiada istotne patenty na opracowywaną normę, i zaczyna dochodzić praw patentowych dopiero po uzgodnieniu normy, a zatem inne przedsiębiorstwa są „zobligowane” do jej stosowania. Gdy „zasadka patentowa” ma miejsce w trakcie procesu opracowywania norm, podważa to zaufanie do tego procesu, zważywszy że skuteczny proces opracowywania norm jest warunkiem wstępnym rozwoju technicznego i ogólnego rozwoju rynku z korzyścią dla konsumentów. Zob. np. decyzja Komisji z dnia 9 grudnia 2009 r. w sprawie COMP/38.636 – RAMBUS, Dz.U. C 30 z 6.2.2010 r., s. 17.

²⁸⁰ Aby osiągnąć pożądaný rezultat, ujawnianie w dobrej wierze nie może wykraczać poza zaproszenie uczestników do porównania swoich PWI z potencjalną normą i wydania oświadczenia potwierdzającego, że nie posiadają PWI opartych na tej normie.

patentowego. Jeżeli informacje te nie są jeszcze publicznie dostępne, wystarczy również, aby uczestnik oświadczył, że może występować z roszczeniami z zakresu PWI w odniesieniu do szczególnej technologii, bez wskazywania specyficznych roszczeń ani wniosków dotyczących tych praw (tzw. ogólne ujawnienie)²⁸¹. Z wyjątkiem tego przypadku istnieje małe prawdopodobieństwo, że ogólne ujawnienie umożliwiłoby przedsiębiorstwom z danej branży dokonywanie świadomego wyboru technologii i zapewnienie faktycznego dostępu do normy. Należy również zachęcać uczestników do aktualizacji ujawnień w momencie przyjęcia normy, w szczególności w przypadku zmian, które mogą mieć wpływ na istotność lub ważność ich PWI. Ponieważ zagrożenia dotyczące skutecznego dostępu nie są takie same w przypadku organizacji opracowującej normy, realizującej politykę norm objętych bezpłatną licencją, kwestia ujawniania PWI nie będzie miała znaczenia w tym kontekście.

484. Celem zobowiązań FRAND jest zagwarantowanie, aby kluczowa technologia włączona do danej normy chroniona PWI była dostępna dla użytkowników tej normy na uczciwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach. Zobowiązania FRAND mogą w szczególności zapobiec utrudnianiu przez posiadaczy PWI wdrażania normy poprzez odmowę udzielenia licencji lub żądanie nieuczciwych lub nierozsądnych opłat (innymi słowy, opłat zawyżonych) po tym, jak dana branża została uzależniona od danej normy, lub pobieranie dyskryminacyjnych opłat licencyjnych²⁸². Jednocześnie zobowiązania FRAND umożliwiają posiadaczom PWI spieniężenie swoich technologii za pomocą opłat licencyjnych FRAND i uzyskanie rozsądnego zwrotu z inwestycji w badania i rozwój, które ze swej natury są ryzykowne. Może to zapewnić ciągle zachęty do obejmowania normą najlepszej dostępnej technologii.
485. Przestrzeganie art. 101 przez organizację opracowującą normy nie nakłada na tę organizację obowiązku weryfikacji, czy warunki udzielenia licencji stosowane przez uczestników realizują zobowiązanie FRAND²⁸³. Uczestnicy będą musieli sami ocenić, czy warunki udzielenia licencji, a w szczególności pobierane przez nich opłaty, realizują zobowiązanie FRAND. W związku z tym, podejmując decyzję o przyjęciu zobowiązania FRAND w odniesieniu do konkretnych PWI, uczestnicy będą musieli przewidzieć wynikające z tego konsekwencje, w szczególności w zakresie swojej zdolności do swobodnego ustalania wysokości pobieranych opłat.
486. Aby w przypadku sporu ocenić, czy opłaty pobierane za udostępnienie PWI w kontekście opracowywania norm są nieuczciwe lub nierozsądne, należy oszacować, czy istnieje rozsądna relacja pomiędzy opłatami a wartością gospodarczą PWI²⁸⁴. Wartość gospodarcza PWI może opierać się na bieżącej wartości dodanej

²⁸¹ Zachęca się uczestników do uzupełnienia informacji o ujawnieniu, gdy numer patentu lub numery zgłoszenia patentowego staną się publicznie dostępne.

²⁸² Zob. także wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. i ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, pkt 71, zgodnie z którym powództwo o stwierdzenie naruszenia może stanowić nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102, jeżeli zostanie wytoczone przeciwko zainteresowanemu licencjodawcy bez zachowania procedur określonych przez Trybunał w jego wyroku.

²⁸³ Organizacje opracowujące normy nie są zaangażowane w negocjacje dotyczące licencji ani w wynikające z nich umowy.

²⁸⁴ Zob. wyrok z dnia 14 lutego 1978 r., United Brands, C-27/76, EU:C:1978:22, pkt 250; zob. również wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Komisja, C-385/07 P, EU:C:2009:456, pkt 142.

objętych nimi PWI i powinna być niezależna od sukcesu rynkowego produktów, który nie jest związany z opatentowaną technologią²⁸⁵. Ogólnie rzecz biorąc, do oceny dostępne są różne metody²⁸⁶, ale w praktyce stosuje się często więcej niż jedną metodę, tak by móc uwzględnić niedociągnięcia danej metody i sprawdzić wyniki²⁸⁷. Jest możliwe porównanie opłat licencyjnych, które dane przedsiębiorstwo pobierało za odnośne patenty w konkurencyjnym środowisku, zanim branża opracowała normę (*ex ante*), z wartością/opłatą licencyjną kolejnej najlepszej dostępnej alternatywy (*ex ante*) lub z wartością/opłatą licencyjną pobieraną po uzależnieniu branży od normy (*ex post*). Metoda ta zakłada, że porównania można dokonać w sposób spójny i wiarygodny²⁸⁸.

487. Można również uzyskać ocenę niezależnego eksperta na temat obiektywnego kluczowego znaczenia odnośnych PWI i ich przydatności dla danej normy. We właściwej sytuacji istnieje również możliwość odwołania się do ujawnień *ex ante* warunków udzielania licencji, w tym indywidualnych lub łącznych opłat licencyjnych za odpowiednie PWI, w kontekście danego procesu opracowywania normy. Podobnie możliwe może być porównanie warunków licencjonowania w umowach zawartych przez posiadacza PWI z innymi wdrażającymi tę samą normę. Opłaty licencyjne pobierane za takie same PWI w przypadku innych, porównywalnych norm mogą świadczyć, że dane opłaty licencyjne są zgodne z zobowiązaniem FRAND. Metody te zakładają, że porównania można dokonać w sposób spójny i wiarygodny oraz że nie jest ono wynikiem niewłaściwego wykorzystywania siły rynkowej. Inna metoda polega na określeniu, po pierwsze, odpowiedniej ogólnej wartości wszystkich odpowiednich PWI, a po drugie, części, którą można przypisać konkretnemu posiadaczowi PWI. Celem niniejszych wytycznych nie jest przedstawienie wyczerpującej listy właściwych metod oceny, czy opłaty licencyjne są nadmierne lub dyskryminacyjne na podstawie art. 102.
488. Należy jednak podkreślić, że żadne zapisy niniejszych wytycznych nie uniemożliwiają stronom rozwiązywania sporów dotyczących wysokości opłat licencyjnych w ramach zobowiązania FRAND przed właściwymi sądami cywilnymi lub gospodarczymi albo alternatywnych metod rozwiązywania sporów²⁸⁹.

²⁸⁵ Komunikat Komisji Europejskiej COM(2017) 712 – „Określenie unijnego podejścia do patentów niezbędnych do spełnienia normy”, s. 7.

²⁸⁶ Zasadniczo metody oparte na kosztach mogą nie być najlepiej dostosowane, ponieważ wiążą się z trudnością oszacowania kosztów, które można przypisać opracowywaniu konkretnego patentu lub grupy patentów, i mogą osłabiać zachęty do wprowadzania innowacji.

²⁸⁷ Opisane tu metody nie są wyłączne i do ustalania stawek FRAND można stosować inne metody odzwierciedlające tego samego ducha opisanych metod. Zob. również Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases [„Warunki udzielania licencji na patenty niezbędne do spełnienia normy. Kompleksowa analiza przypadków”]. Sprawozdanie Wspólnego Centrum Badawczego Nauka dla polityki. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

²⁸⁸ Zob. wyrok z dnia 13 lipca 1989 r., *Tournier*, C-395/87, EU:C:1989:319, pkt 38; wyrok z dnia 13 lipca 1989 r., *Lucazeau i in./SACEM i in.*, C-110/88, C-241/88 i C-242/88, EU:C:1989:326, pkt 33.

²⁸⁹ Jeśli obie strony wyrażą na to zgodę, spory dotyczące warunków FRAND dla SEP mogą być rozstrzygane także przez niezależną osobę trzecią, np. arbitra. Zob. np. wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., *Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. i ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, pkt 68 i decyzja Komisji z dnia 29 kwietnia 2014 r. w sprawie AT. 39939, Samsung – Stosowanie standardowych istotnych patentów, motyw 78.

7.3.3.2. Ocena porozumień standaryzacyjnych oparta na skutkach

489. W ocenie każdego porozumienia standaryzacyjnego należy uwzględnić prawdopodobne skutki normy na danych rynkach. Analizując porozumienia standaryzacyjne, należy brać pod uwagę specyfikę sektora i branży. Następujące stwierdzenia odnoszą się do wszystkich porozumień standaryzacyjnych, które odbiegają od zasad określonych w pkt 477-483.

a) Dobrowolny charakter normy

490. Prawdopodobieństwo wywierania skutków ograniczających konkurencję przez porozumienia standaryzacyjne może zależeć od tego, czy członkowie organizacji opracowującej normy zachowują swobodę opracowywania alternatywnych norm lub produktów, które nie są zgodne z uzgodnioną normą²⁹⁰. Na przykład, jeśli porozumienie w sprawie opracowywania norm zobowiązuje jego członków do produkcji wyłącznie produktów spełniających wymagania tej normy, ryzyko negatywnego wpływu na konkurencję znacznie wzrasta, a w pewnych okolicznościach może dojść do ograniczenia konkurencji ze względu na cel²⁹¹. Podobnie ryzyko powstania problemów w zakresie konkurencji jest mniejsze w przypadku norm dotyczących jedynie nieznaczących aspektów lub części produktu końcowego niż w przypadku norm bardziej kompleksowych, w szczególności jeśli norma nie obejmuje żadnych kluczowych PWI.

b) Dostęp do normy

491. Ocena, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję, będzie skupiała się także na kwestii dostępu do normy. W przypadku gdy członkowie lub osoby trzecie (tj. osoby niebędące członkami danej organizacji opracowującej normy) nie mają wcale dostępu do wyników normy (tj. specyfikacji, w jaki sposób zapewnić zgodność z normą lub, w stosownym przypadku, PWI kluczowych dla wdrażania normy), może to prowadzić do zamknięcia dostępu do rynku lub segmentacji rynku, a tym samym prawdopodobnie ograniczać konkurencję. Konkurencja może być również ograniczona, jeśli wyniki normy są dostępne tylko na dyskryminujących lub nadmiernych warunkach dla członków lub osób trzecich. Jeśli natomiast kilka norm konkuruje ze sobą lub jeśli istnieje skuteczna konkurencja między znormalizowanym a nieznormalizowanym rozwiązaniem, ograniczenie dostępu nie musi powodować skutków ograniczających konkurencję.

492. Jeśli chodzi o porozumienia w sprawie opracowywania norm, które przewidują **modele ujawniania PWI odmienne** od modeli opisanych w pkt 483, należy analizować każdy przypadek z osobna, oceniając, czy dany model ujawniania (np. model nienakładający wymogu, a jedynie zachęcający do ujawniania PWI) gwarantuje faktyczny dostęp do normy. Porozumienia w sprawie opracowywania norm, przewidujące ujawnianie informacji dotyczących charakterystyki i wartości dodanej każdego PWI do normy, a przez to zwiększające przejrzystość dla stron zaangażowanych w opracowywanie normy, zasadniczo nie będą ograniczać konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

²⁹⁰ Zob. decyzja Komisji w sprawie IV/29/151, Philips/VCR, motyw 23: „Ponieważ normy te dotyczyły produkcji urządzeń VCR, strony zobowiązane były do wytwarzania i dystrybucji wyłącznie kaset i odtwarzaczy zgodnych z systemem VCR licencjonowanym przez Philipsa. Przejście na inne systemy produkcji i dystrybucji kaset video było zakazane. Stanowiło to ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 85 ust. 1 lit. b)”.

²⁹¹ Zob. decyzja Komisji w sprawie IV/29/151, Philips/VCR, motyw 23:

c) Uczestnictwo w opracowywaniu normy

493. Jeśli uczestnictwo w procesie opracowywania normy będzie otwarte, zmniejszy to ryzyko wystąpienia prawdopodobnych skutków ograniczających konkurencję, które wynikałyby z wykluczenia niektórych przedsiębiorstw z możliwości wpływania na wybór i opracowanie normy²⁹².
494. Otwarte uczestnictwo można osiągnąć dzięki umożliwieniu wszystkim konkurentom lub odpowiednim zainteresowanym stronom na rynku, na który dana norma ma wpływ, wzięcia udziału w opracowywaniu i wyborze normy. .
495. Im większy jest prawdopodobny wpływ normy na rynek, a potencjalne obszary zastosowania liczniejsze, tym ważniejsze jest zapewnienie sprawiedliwego dostępu do procesu opracowywania norm.
496. W niektórych sytuacjach ograniczenie uczestnictwa nie musi jednak wywoływać skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, np.: (i) jeżeli istnieje konkurencja między kilkoma normami i organizacjami opracowującymi normy, (ii) jeżeli w przypadku braku ograniczenia dotyczącego uczestników²⁹³ przyjęcie normy nie byłoby możliwe lub przyjęcie takie byłoby mało prawdopodobne²⁹⁴ lub (iii) jeżeli ograniczenie dotyczące uczestników jest ograniczone w czasie i ma na celu szybki postęp (np. na początku prac normalizacyjnych) oraz tak długo, jak na głównych etapach wszyscy konkurenci mają możliwość zaangażowania się w celu kontynuowania procesu opracowywania normy.
497. W niektórych sytuacjach potencjalne negatywne skutki ograniczonego udziału mogą zostać usunięte lub co najmniej złagodzone przez zagwarantowanie zainteresowanym stronom, że informuje się je o trwających pracach i konsultuje z nimi w zakresie tych prac²⁹⁵. Można uwzględnić uznane procedury zbiorowej reprezentacji zainteresowanych stron (np. konsumentów). Im więcej zainteresowanych stron może wpływać na proces prowadzący do wyboru normy i im bardziej przejrzysta jest procedura przyjmowania normy, tym bardziej prawdopodobne jest, że przyjęta norma uwzględniac będzie interesy wszystkich zainteresowanych stron.

d) Udziały w rynku

498. Aby ocenić skutki porozumienia w sprawie opracowywania norm, należy uwzględnić udziały w rynku towarów, usług lub technologii opartych na takiej normie. Nie zawsze na wczesnym etapie da się ocenić z jakąkolwiek pewnością, czy norma zostanie w praktyce przyjęta przez sporą część danej branży czy też stanie się normą wykorzystywaną przez niewielką jej część. W przypadku gdy

²⁹² W decyzji Komisji w sprawie IV/31.458, X/Open Group, Komisja stwierdziła, że nawet jeśli przyjęte normy zostały opublikowane, zasada ograniczonego członkostwa uniemożliwiła podmiotom niebędącym członkami wpływ na wyniki prac grupy i uzyskanie *know-how* i technicznej znajomości norm, prawdopodobnie uzyskiwanych przez członków. Ponadto podmioty niebędące członkami, w przeciwieństwie do członków, nie mogły wdrażać normy przed jej przyjęciem (zob. pkt 32). Ze względu na te okoliczności porozumienie uznano zatem za stanowiące ograniczenie w rozumieniu art. 101 ust. 1.

²⁹³ Takie ograniczenie może polegać na wykluczeniu zainteresowanych stron z porozumienia standaryzacyjnego lub na bardziej ograniczonym statusie uczestnika.

²⁹⁴ Lub jeśli przyjęcie normy byłoby bardzo opóźnione ze względu na nieskuteczny proces, wszelkie pierwotne ograniczenia mogłyby zostać wyrównane przez wzrost skuteczności, który należy rozpatrywać na podstawie art. 101 ust. 3.

²⁹⁵ Zob. decyzja Komisji z dnia 14 października 2009 r. w sprawie 39.416, Klasyfikacja statków.

przedsiębiorstwa wnoszące technologię do normy są zintegrowane pionowo, udziały w rynku właściwym przedsiębiorstw, które uczestniczyły w opracowywaniu normy, można wykorzystać jako wskaźnik szacunkowy prawdopodobnego udziału normy w rynku (ze względu na fakt, że przedsiębiorstwa uczestniczące w opracowywaniu normy byłyby w większości przypadków zainteresowane jej wdrażaniem)²⁹⁶. Ponieważ skuteczność porozumień standaryzacyjnych jest często proporcjonalna do udziału branży uczestniczącej w opracowywaniu lub stosowaniu normy, duży udział w rynku posiadany przez strony na rynku lub na rynkach, których dotyczy ta norma, niekoniecznie będzie jednak prowadził do stwierdzenia, że norma prawdopodobnie wywoła skutki ograniczające konkurencję.

e) Dyskryminacja

499. Jakiegokolwiek porozumienie w sprawie opracowania normy, które wyraźnie dyskryminuje któregokolwiek z uczestniczących lub potencjalnych członków, może prowadzić do ograniczenia konkurencji. Na przykład jeśli organizacja opracowująca normy wyraźnie wyłącza przedsiębiorstwa działające wyłącznie na rynku wyższego szczebla (tj. przedsiębiorstwa nieprowadzące działalności na rynku produkcyjnym niższego szczebla), może to prowadzić do wykluczenia potencjalnie lepszych technologii wyższego szczebla.

f) Ujawnienie *ex ante* stawek opłat licencyjnych

500. Porozumienia w sprawie opracowywania norm przewidujące ujawnienie *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji w odniesieniu do patentów niezbędnych do spełnienia normy przez poszczególnych posiadaczy PWI lub maksymalnej skumulowanej²⁹⁷ stawki opłat licencyjnych przez wszystkich posiadaczy PWI zasadniczo nie będą ograniczać konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. W tym względzie ważne jest, aby strony zaangażowane w wybór normy były w pełni poinformowane nie tylko o dostępnych opcjach technologicznych i powiązanych z nimi PWI, lecz także o prawdopodobnych kosztach tych praw. Jeżeli zatem polityka dotycząca PWI stosowana przez organizację opracowującą normy przewiduje, że posiadacze PWI będą indywidualnie ujawniali przed przyjęciem normy swoje najbardziej ograniczające warunki udzielania licencji, w tym maksymalne opłaty licencyjne lub maksymalne skumulowane stawki opłat licencyjnych, które będą pobierane, nie będzie to zwykle prowadziło do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1²⁹⁸. Takie jednostronne ujawnienie *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji lub maksymalnej skumulowanej stawki opłat licencyjnych byłoby sposobem na umożliwienie stronom zaangażowanym w opracowywanie normy podjęcia świadomej decyzji w oparciu o zalety i wady różnych alternatywnych technologii.

²⁹⁶ Zob. pkt 464.

²⁹⁷ W celu zwiększenia przejrzystości potencjalnych kosztów wdrożenia normy organizacje opracowujące normy mogłyby odgrywać aktywną rolę w ujawnianiu całkowitej maksymalnej wysokości opłat licencyjnych za daną normę. Podobnie jak w przypadku puli patentów, posiadacze PWI mogą dzielić się całkowitą wysokością opłat licencyjnych.

²⁹⁸ Żadne jednostronne ani wspólne ujawnienie *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji nie powinno służyć do maskowania wspólnego ustalania cen czy to produktów z niższego szczebla obrotu, czy to substytucyjnych PWI/technologii, które stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

7.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

7.4.1. Przyrost wydajności

501. Porozumienia standaryzacyjne często prowadzą do znacznego przyrostu wydajności. Na przykład ogólnounijne normy mogą ułatwić integrację rynku i umożliwić przedsiębiorstwom sprzedaż towarów i usług we wszystkich państwach członkowskich, prowadząc do większego wyboru dla konsumentów i do spadku cen. Normy, które ustanawiają techniczną interoperacyjność i zgodność, często sprzyjają konkurencji pomiędzy technologiami pochodzącymi z poszczególnych przedsiębiorstw opartej na zaletach tych technologii oraz przyczyniają się do zapobiegania uzależnieniu rynku od jednego określonego dostawcy. Ponadto normy mogą przyczynić się do zmniejszenia kosztów transakcji dla sprzedających i nabywców. Normy dotyczące na przykład jakości, bezpieczeństwa i środowiskowych aspektów produktu mogą ponadto ułatwić konsumentowi wybór i prowadzić do wyższej jakości produktu. Normy odgrywają również ważną rolę w odniesieniu do innowacji. Mogą skracać czas wprowadzania nowej technologii na rynek i ułatwić innowacje poprzez umożliwienie przedsiębiorstwom rozwoju w oparciu o uzgodnione rozwiązania. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.
502. Aby urzeczywistnić przyrost wydajności w przypadku porozumień standaryzacyjnych, informacje konieczne do stosowania danej normy muszą być faktycznie dostępne dla podmiotów zamierzających wejść na rynek²⁹⁹.
503. Do rozpowszechniania normy mogą przyczynić się oznaczenia i loga poświadczające zgodność, a tym samym dające klientom element pewności. Porozumienia dotyczące testowania i certyfikacji wykraczają poza główny cel definiowania normy i zwykle stanowią odrębne porozumienia i odrębny rynek.
504. Chociaż wpływ na innowacje należy przeanalizować w każdym indywidualnym przypadku, to uważa się, że normy prowadzące do zgodności na poziomie horyzontalnym pomiędzy różnymi platformami technologicznymi prawdopodobnie powodują przyrost wydajności.

7.4.2. Niezbędność

505. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności, który może powstać w wyniku porozumienia standaryzacyjnego lub standardowych warunków, nie spełniają kryteriów art. 101 ust. 3.
506. Oceniając każde porozumienie standaryzacyjne, należy uwzględnić z jednej strony prawdopodobny wpływ normy na odnośne rynki, a z drugiej strony zakres ograniczeń, które ewentualnie wykraczają poza cel polegający na osiąganiu przyrostu wydajności³⁰⁰.

²⁹⁹ Zob. decyzja Komisji z dnia 15 grudnia 1986 r. w sprawie IV/31.458 – X/Open Group, motyw 42: „Komisja uważa, że gotowość grupy do niezwłocznego udostępnienia wyników jest głównym elementem decydującym o przyznaniu wyłączenia”.

³⁰⁰ W decyzji Komisji w sprawie IV/29/151, Philips/VCR, zgodność z normami VCR doprowadziła do wykluczenia innych, być może lepszych systemów. Takie wykluczenie było szczególnie poważne ze względu na dominującą pozycję rynkową Philipsa „[...] Na strony zostały nałożone ograniczenia, które nie były niezbędne do realizacji tych ulepszeń. Kompatybilność kaset video VCR z urządzeniami wytwarzanymi

507. Uczestnictwo w opracowywaniu norm powinno być zasadniczo otwarte dla wszystkich konkurentów na rynku lub rynkach, na które dana norma wywiera wpływ, chyba że strony wykażą istotną nieefektywność takiego uczestnictwa³⁰¹. Ewentualnie wszelkie skutki ograniczające wynikające z ograniczonego uczestnictwa powinny zostać w inny sposób usunięte lub złagodzone³⁰². Ponadto ograniczenie dotyczące uczestników mogłoby zostać wyrównane przez wzrost skuteczności na podstawie art. 101 ust. 3, jeżeli przyjęcie normy byłoby bardzo opóźnione ze względu na zastosowanie procesu otwartego dla wszystkich konkurentów.
508. Co do zasady porozumienia standaryzacyjne nie powinny obejmować więcej niż jest to niezbędne do zapewnienia realizacji ich celów, niezależnie od tego, czy chodzi o techniczną interoperacyjność czy o określony poziom jakości. W przypadkach, w których dysponowanie tylko jednym rozwiązaniem technologicznym byłoby korzystne dla konsumentów lub całej gospodarki, norma taka powinna być ustanowiona w sposób niedyskryminacyjny. Normy technologicznie neutralne mogą w niektórych przypadkach prowadzić do większego przyrostu wydajności. Uwzględnianie substytucyjnych PWI³⁰³ jako istotnych elementów normy, a równocześnie pobieranie od użytkowników normy opłat za więcej PWI, niż jest to technicznie konieczne, wykraczałoby poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia wskazanego przyrostu wydajności. Podobnie uwzględnianie substytucyjnych PWI jako istotnych elementów normy oraz ograniczanie wykorzystania danej technologii do konkretnej normy (tj. wyłączenie wykorzystania) mogłoby ograniczyć konkurencję międzytechnologiczną i nie byłoby konieczne do osiągnięcia wyznaczonego przyrostu wydajności.
509. Ograniczenia zawarte w porozumieniu standaryzacyjnym, powodujące, że norma staje się wiążąca i obowiązująca w danej branży, zasadniczo nie są niezbędne.
510. Podobnie porozumienia standaryzacyjne, które powierzają niektórym organom wyłączne prawo do sprawdzania zgodności z daną normą, wykraczają poza główny cel definiowania normy i mogą również ograniczać konkurencję. Wyłączność może być jednak uzasadniona przez pewien okres, np. koniecznością zrekompensowania znacznych kosztów rozruchu³⁰⁴. Porozumienie standaryzacyjne powinno w takim

przez innych producentów byłaby zapewniona nawet w przypadku, gdyby producenci ci musieli wywiązać się jedynie z obowiązku przestrzegania norm VCR przy produkcji sprzętu VCR” (motyw 31).

³⁰¹ Zob. decyzja Komisji z dnia 15 grudnia 1986 r. w sprawie IV/31.458 – X/Open Group, motyw 45: „Cele grupy nie mogłyby zostać osiągnięte, jeśli jakiekolwiek przedsiębiorstwo gotowe zobowiązać się względem celów grupy miałoby prawo stania się jej członkiem. Utrudniłoby to zarządzanie pracą pod względem praktycznym i logistycznym i mogłoby uniemożliwić przyjęcie odpowiednich propozycji”. Zob. również decyzja Komisji w sprawie 39.416 – Klasyfikacja statków, pkt 36: „zobowiązania zachowują odpowiednią równowagę pomiędzy, z jednej strony, utrzymaniem surowych wymogów członkostwa w IACS a, z drugiej strony, usunięciem zbędnych barier ograniczających członkostwo w IACS. Nowe wymogi zapewniają także, że jedynie towarzystwa klasyfikacyjne spełniające wymogi kompetencji technicznych będą mogły ubiegać się o członkostwo w IACS, zapewniając również, że skuteczność i jakość działań IACS nie zostanie nadmiernie ograniczona ze względu na zbyt łagodne wymogi uczestnictwa w pracach IACS. Jednocześnie dzięki nowym wymogom towarzystwa klasyfikacyjne spełniające wymogi kompetencji technicznych, i wyrażające wolę zostania członkiem IACS będą mogły bez przeszkód to uczynić”.

³⁰² Zob. pkt 477 powyżej dotyczący zagwarantowania, że zainteresowane strony są informowane i konsultowane w sprawie prowadzonych prac, jeśli ich udział jest ograniczony.

³⁰³ Technologia, którą użytkownik lub licencjodawca uznaje za zamienną lub substytucyjną z inną technologią ze względu na cechy i zamierzone zastosowanie tych dwóch technologii.

³⁰⁴ W tym kontekście zob. decyzję Komisji z dnia 29 listopada 1995 r. w sprawach IV/34.179, 34.202, 216, Dutch Cranes (SCK i FNK), motyw 23: „Zakaz zatrudniania jako podwykonawców przedsiębiorstw posiadających certyfikacji SCK ogranicza swobodę działania certyfikowanych firm. Aby ocenić, czy zakaz można uznać za zapobiegający konkurencji, ograniczający lub zakłócający ją w rozumieniu art. 85

wypadku zawierać odpowiednie zabezpieczenia w celu złagodzenia potencjalnego ryzyka dla konkurencji, wynikającego z wyłączności. Dotyczy to między innymi opłaty certyfikacyjnej, której wysokość musi być rozsądna i proporcjonalna do kosztów kontroli zgodności.

7.4.3. Przeniesienie na konsumentów

511. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie standaryzacyjne. Istotna część analizy prawdopodobnego przeniesienia wydajności na konsumentów dotyczy tego, jakie procedury są stosowane w celu zagwarantowania, że interesy użytkowników norm i konsumentów końcowych są chronione. Jeżeli normy ułatwiają techniczną interoperacyjność i zgodność lub konkurencję pomiędzy nowymi i istniejącymi już produktami, usługami i procesami, można założyć, że taka norma przyniesie korzyści konsumentom.

7.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

512. Ustalenie, czy porozumienie standaryzacyjne daje stronom możliwość eliminowania konkurencji, zależy od różnych źródeł konkurencji na rynku, poziomu presji konkurencyjnej, jaką wywierają one na strony, oraz wpływu porozumienia na tę presję konkurencyjną. Chociaż udział w rynku jest przy tej analizie istotny, to wielkości pozostałych źródeł faktycznej konkurencji nie sposób ocenić wyłącznie w oparciu o udział w rynku, z wyjątkiem przypadków, w których norma staje się *de facto* normą branżową³⁰⁵. W tym ostatnim przypadku konkurencja może zostać wyeliminowana, jeżeli osobom trzecim skutecznie zamknie się dostęp do normy.

7.5. Przykłady

513. Ustanawianie norm, których konkurenci nie mogą spełnić

Przykład 1

Sytuacja: Organizacja opracowująca normy ustanawia i publikuje normy bezpieczeństwa, które są powszechnie stosowane przez daną branżę. Większość konkurentów z tej branży uczestniczy w opracowywaniu normy. Przed przyjęciem normy nowy uczestnik rynku opracował produkt, który jest technicznie równoważny pod względem wydajności i wymogów funkcjonalnych i który został uznany przez komitet techniczny organizacji opracowującej normy. Specyfikacje techniczne normy bezpieczeństwa zostały jednak sporządzone – bez jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia – w sposób uniemożliwiający zgodność tego lub innych nowych produktów z normą.

Analiza: W przypadku tego porozumienia standaryzacyjnego istnieje prawdopodobieństwo wywołania skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 i istnieje małe prawdopodobieństwo spełnienia kryteriów art. 101 ust. 3. Członkowie organizacji ustanawiającej normy bez

ust. 1, należy zbadać kontekst prawny i ekonomiczny. Jeśli taki zakaz powiązany jest z systemem certyfikacji, który jest całkowicie otwarty, niezależny i przejrzysty oraz przewiduje akceptowanie równoważnych gwarancji oferowanych przez inne systemy, można by zakładać, że nie ma on skutków ograniczających konkurencję, lecz ma na celu po prostu pełne zapewnienie jakości certyfikowanych produktów lub usług”.

305

Normalizacja *de facto* to sytuacja, w której (prawnie niewiążąca) norma jest w praktyce używana przez większą część danej branży.

jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia ustanowili normę w taki sposób, że produkty ich konkurentów, które są oparte na innych rozwiązaniach technologicznych, nie mogą jej spełnić, mimo że są one równie wydajne. Norma ta, która nie została ustanowiona w sposób niedyskryminacyjny, będzie zmniejszać lub uniemożliwiać innowacje i różnorodność produktów. Jest mało prawdopodobne, żeby sposób, w jaki norma została opracowana, prowadził do większego przyrostu wydajności, niż miałyby to miejsce w przypadku neutralnego sposobu opracowania normy.

514. Niewiążąca i przejrzysta norma obejmująca dużą część rynku

Przykład 2

Sytuacja: Pewna liczba producentów elektroniki użytkowej, o znaczącym udziale w rynku, uzgadnia opracowanie nowej normy dla produktu, który będzie następcą DVD.

Analiza: Prawdopodobnie nie dojdzie do naruszenia art. 101 ust. 1, pod warunkiem że: a) producenci zachowują swobodę wytwarzania innych nowych produktów, które nie są zgodne z nową normą, b) uczestnictwo w opracowywaniu normy jest nieograniczone i przejrzyste oraz c) porozumienie standaryzacyjne nie ogranicza konkurencji w inny sposób. Gdyby strony uzgodniły, że będą produkować wyłącznie produkty zgodne z nową normą, porozumienie ograniczałoby rozwój technologiczny, ograniczałoby innowacje i uniemożliwiałoby stronom sprzedaż innych produktów, co prawdopodobnie prowadziłoby do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

515. Porozumienie standaryzacyjne bez ujawniania PWI

Przykład 3

Sytuacja: Prywatna organizacja opracowująca normy, działająca w dziedzinie standaryzacji w sektorze ICT (technologii informacyjno-komunikacyjnych), kieruje się w swojej działalności polityką dotyczącą PWI, która nie wymaga ani nie zachęca do ujawniania PWI, które mogłyby być kluczowe dla mającej powstać normy. Organizacja świadomie zdecydowała się nie ustanawiać takiego zobowiązania, w szczególności ze względu na fakt, że zwykle wszystkie technologie potencjalnie mające znaczenie dla mającej powstać normy są objęte wieloma PWI. Organizacja uznała zatem, że zobowiązanie do ujawniania PWI z jednej strony nie zapewniłoby uczestnikom korzyści w postaci możliwości wyboru rozwiązania nieobjętego PWI lub obejmującego takie prawa w niewielkim stopniu, a z drugiej strony oznaczałoby dodatkowe koszty związane z analizą, w ramach której ocenia się, czy dane PWI są potencjalnie kluczowe dla mającej powstać normy. Polityka dotycząca PWI realizowana przez tę organizację opracowującą normy wymaga jednak od wszystkich uczestników zobowiązania się do udzielania licencji na wszelkie PWI, które mogłyby być związane z mającą powstać normą zgodnie z warunkami zobowiązania FRAND. Polityka dotycząca PWI przewiduje możliwości odstępstwa, jeśli posiadacz PWI życzy sobie, aby specyficzne PWI nie wchodziły w zakres tego ogólnego zobowiązania do udzielania licencji. W tej konkretnej branży istnieje szereg konkurujących ze sobą prywatnych organizacji opracowujących normy. Możliwość przynależności do organizacji opracowującej normy jest otwarta dla wszelkich podmiotów prowadzących działalność w tej branży.

Analiza: W wielu przypadkach zobowiązanie do ujawniania PWI byłoby prokonkurencyjne, ponieważ zwiększałoby konkurencję między technologiami *ex*

ante. Ogólnie rzecz biorąc, tego typu zobowiązanie umożliwia członkom organizacji opracowującej normy uwzględnienie liczby PWI związanych z konkretną technologią przy dokonywaniu wyboru między konkurującymi technologiami (i w miarę możliwości, wybór technologii nieobjętej PWI). Liczba PWI związanych z daną technologią będzie często miała bezpośredni wpływ na koszt dostępu do normy. Jednakże w tej szczególnej sytuacji wszystkie dostępne technologie wydają się być objęte PWI, wręcz wieloma takimi prawami. W związku z tym jakiegokolwiek ujawnienie PWI nie miałoby pozytywnego skutku w postaci zapewnienia członkom możliwości uwzględnienia liczby PWI przy wyborze technologii, ponieważ można założyć, że każda wybrana technologia obłożona byłaby PWI. Porozumienie prawdopodobnie nie spowoduje żadnych negatywnych skutków dla konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

8. STANDARDOWE WARUNKI

8.1. Definicje

516. W niektórych branżach przedsiębiorstwa stosują standardowe warunki sprzedaży lub kupna opracowane przez stowarzyszenia handlowe lub bezpośrednio przez przedsiębiorstwa konkurujące („standardowe warunki”)³⁰⁶. Niniejsze wytyczne dotyczą takich standardowych warunków w zakresie, w jakim stanowią one standardowe warunki sprzedaży lub kupna towarów lub usług pomiędzy konkurentami a klientami (a nie warunki sprzedaży lub kupna pomiędzy konkurentami), odnoszące się do produktów substytucyjnych. Jeżeli takie standardowe warunki są powszechnie stosowane w obrębie danej branży, warunki kupna lub sprzedaży stosowane w danej branży mogą stać się faktycznie uzgodnione³⁰⁷. Przykładami branż, w których standardowe warunki odgrywają ważną rolę, są sektor bankowości (np. warunki prowadzenia rachunków) i sektor ubezpieczeń.
517. Standardowe warunki opracowywane indywidualnie przez przedsiębiorstwo wyłącznie do własnego użytku przy zawieraniu umowy z dostawcami lub klientami nie są porozumieniami horyzontalnymi i dlatego nie zostały ujęte w niniejszych wytycznych.

8.2. Rynki właściwe

518. Jeżeli chodzi o standardowe warunki, skutki są na ogół odczuwane na rynku niższego szczebla, gdzie przedsiębiorstwa wykorzystujące standardowe warunki konkurują poprzez sprzedaż swoich produktów klientom.

8.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

8.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

519. Standardowe warunki mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję poprzez ograniczenie wyboru i innowacyjności produktów. Jeżeli duża część branży przyjmie standardowe warunki i postanowi nie odstępować od nich w poszczególnych przypadkach (lub odstępuje od nich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach dużej

³⁰⁶ Takie standardowe warunki mogą obejmować jedynie bardzo małą lub bardzo dużą część klauzul zawartych w ostatecznej umowie.

³⁰⁷ Odnosi się to do sytuacji, gdy (prawnie niewiążące) standardowe warunki są w praktyce stosowane przez większą część danej branży lub dotyczą większości aspektów danego produktu/usługi, prowadząc tym samym do ograniczenia wyboru konsumenta, a nawet do jego uniemożliwienia.

siły nabywczej), klient może nie mieć innego wyboru niż przyjęcie standardowych warunków. Ryzyko ograniczenia wyboru i innowacji jest jednak prawdopodobne jedynie w przypadkach, w których standardowe warunki określają zakres końcowego produktu. Jeżeli chodzi o klasyczne dobra konsumpcyjne, standardowe warunki sprzedaży na ogół nie ograniczają innowacyjności rzeczywistego produktu ani jego jakości i różnorodności.

- 520. Ponadto standardowe warunki, w zależności od treści, mogą wiązać się z ryzykiem wywierania wpływu na warunki handlowe dotyczące produktu końcowego. W szczególności istnieje poważne ryzyko ograniczenia konkurencji cenowej przez standardowe warunki odnoszące się do ceny.
- 521. Ponadto jeżeli standardowe warunki stają się praktyką stosowaną w danej branży, dostęp do nich może mieć decydujące znaczenie dla wejścia na rynek. W takich przypadkach odmowa dostępu do standardowych warunków może zagrażać antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku. Dopóki standardowe warunki pozostają otwarte dla wszystkich użytkowników, którzy chcą mieć do nich dostęp, nie jest prawdopodobne, by powodowały one antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku.

8.3.2. *Ograniczenie konkurencji ze względu na cel*

- 522. Porozumienia, w których stosuje się standardowe warunki jako element szerszego porozumienia ograniczającego konkurencję, ukierunkowanego na wykluczenie rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów, ograniczają konkurencję ze względu na cel. Przykładem byłaby sytuacja, w której stowarzyszenie handlowe nie zezwala nowym uczestnikom rynku na dostęp do swoich standardowych warunków, których stosowanie ma decydujące znaczenie dla zapewnienia wejścia na rynek.
- 523. Wszelkie standardowe warunki zawierające postanowienia, które bezpośrednio wpływają na ceny pobierane od klientów (tj. ceny rekomendowane, rabaty itd.), stanowiłyby ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

8.3.3. *Skutki ograniczające konkurencję*

- 524. Ustanowienie i stosowanie standardowych warunków należy oceniać w odpowiednim kontekście gospodarczym i w świetle sytuacji panującej na rynku właściwym, aby stwierdzić, czy istnieje prawdopodobieństwo, że przedmiotowe standardowe warunki wywołają skutki ograniczające konkurencję.
- 525. Jeśli udział w faktycznym ustanawianiu standardowych warunków jest **nieograniczony** dla konkurentów z właściwego rynku (czy to przez przynależność do stowarzyszenia handlowego czy też bezpośrednio), a ustanowione standardowe warunki są **niewiążące i skutecznie dostępne** dla każdego, porozumienia takie prawdopodobnie nie wywołują skutków ograniczających konkurencję (z uwzględnieniem zastrzeżeń poczynionych w pkt 527–531).
- 526. Skutecznie dostępne i niewiążące standardowe warunki sprzedaży towarów lub usług konsumpcyjnych (przy założeniu, że nie wpływają one na cenę) zasadniczo nie mają więc żadnych skutków ograniczających konkurencję, ponieważ jest mało prawdopodobne, by prowadziły one do jakichkolwiek negatywnych skutków dla jakości produktów, ich różnorodności lub innowacyjności. Są jednak dwa ogólne wyjątki, które wymagałyby bardziej szczegółowej oceny.
- 527. Po pierwsze, standardowe warunki sprzedaży towarów lub usług konsumpcyjnych określające zakres produktów sprzedawanych klientowi, a więc w przypadku których

ryzyko ograniczenia wyboru produktów jest większe, mogłyby wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, w sytuacjach gdy ich wspólne zastosowanie mogłoby spowodować faktyczne dostosowanie. Mogłoby to mieć miejsce w przypadku, w którym rozpowszechnione stosowanie standardowych warunków faktycznie prowadzi do ograniczenia innowacji i różnorodności produktów na rynku. Na przykład może się to zdarzyć, gdy standardowe warunki zawarte w umowach ubezpieczenia praktycznie ograniczają wybór klienta w zakresie kluczowych elementów umowy, takich jak standardowe ryzyko objęte umową. Nawet jeżeli stosowanie standardowych warunków nie jest obowiązkowe, mogą one podważyć motywację konkurentów do konkurowania w zakresie różnicowania produktów. Problem ten można rozwiązać poprzez umożliwienie ubezpieczycielom włączania do umów ubezpieczenia także rodzajów ryzyka innych niż standardowe.

528. Aby ocenić, czy istnieje ryzyko, że standardowe warunki będą miały skutki ograniczające konkurencję, ponieważ będą ograniczać wybór produktów, należy uwzględnić czynniki, takie jak istniejąca konkurencja na rynku. Na przykład jeśli mamy do czynienia z dużą liczbą mniejszych konkurentów, ryzyko ograniczenia wyboru produktów wydaje się mniejsze niż w przypadku, gdy istnieje tylko kilku większych konkurentów³⁰⁸. Udziały w rynku przedsiębiorstw uczestniczących w ustanawianiu standardowych warunków mogą także stanowić pewną wskazówkę, czy istnieje prawdopodobieństwo odwoływania się do standardowych warunków czy też prawdopodobieństwo, że będą one stosowane przez dużą część rynku. Jednakże w tym względzie należałoby nie tylko zbadać, czy istnieje prawdopodobieństwo, że opracowywane standardowe warunki będą wykorzystywane przez dużą część rynku, ale także, czy standardowe warunki dotyczą jedynie części czy też całego produktu (im mniejszy zakres standardowych warunków, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że ogólnie doprowadzą one do ograniczenia wyboru produktów). Ponadto w sytuacjach, gdy nieustanowienie standardowych warunków uniemożliwiłoby oferowanie pewnych produktów, nie wystąpiłby prawdopodobnie żaden skutek ograniczający konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W takim przypadku ustanowienie standardowych warunków powoduje raczej zwiększenie, a nie zmniejszenie wyboru produktów.
529. Po drugie, nawet jeżeli standardowe warunki nie określają faktycznego zakresu produktów końcowych, mogą być decydującym elementem transakcji z klientem z innych powodów. Przykładem mogłyby być zakupy on-line, w przypadku których zaufanie klienta ma podstawowe znaczenie (np. przy stosowaniu bezpiecznych systemów płatności, odnośnie do właściwego opisu produktów, jasnych i przejrzystych zasad ustalania cen, elastyczności polityki w zakresie zwrotów itp.). Ponieważ klientom trudno jest dokonać jasnej oceny wszystkich tych elementów, zazwyczaj opowiadają się oni za szeroko rozpowszechnionymi praktykami i standardowe warunki dotyczące tych elementów mogłyby w związku z tym stać się normą *de facto*, do której przedsiębiorstwa musiałyby się stosować przy sprzedaży na rynku. Te standardowe warunki, chociaż są niewiążące, stałyby się normą *de facto*, której skutki są bardzo bliskie skutkom normy wiążącej i należy je w związku z tym odpowiednio przeanalizować.

³⁰⁸

Jeśli poprzednie doświadczenia ze standardowymi warunkami na właściwym rynku wskazują, że nie spowodowały one ograniczenia konkurencji pod względem zróżnicowania produktów, można także przypuszczać, że ten sam rodzaj standardowych warunków opracowanych dla podobnego produktu nie będzie miał skutków ograniczających konkurencję.

530. Jeżeli stosowanie standardowych warunków jest wiążące, należy ocenić ich wpływ na jakość produktów, ich różnorodność i innowacyjność (w szczególności jeżeli standardowe warunki są wiążące dla całego rynku).
531. Ponadto jeżeli standardowe warunki (wiążące lub niewiążące) zawierałyby jakiegokolwiek warunki mające prawdopodobny negatywny wpływ na konkurencję w zakresie cen (np. warunki określające rodzaj udzielanych rabatów), prawdopodobnie wywołałyby one skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

8.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

8.4.1. Przyrost wydajności

532. Stosowanie standardowych warunków może przynieść korzyści ekonomiczne, takie jak ułatwienie klientom porównania oferowanych warunków, a tym samym ułatwienie zamiany jednego przedsiębiorstwa na inne. Mogą one również prowadzić do przyrostu wydajności w postaci obniżenia kosztów transakcji, a w niektórych sektorach (w szczególności tych, w których umowy mają złożoną strukturę prawną) ułatwiać wejście na rynek. Standardowe warunki mogą również zagwarantować stronom porozumienia większą pewność prawną. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.
533. Im więcej konkurentów na rynku, tym większy przyrost wydajności w postaci łatwiejszego porównywania oferowanych warunków.

8.4.2. Niezbędność

534. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności, który może powstać w wyniku standardowych warunków, nie spełniają kryteriów art. 101 ust. 3. Ustanawianie wiążącego i obowiązkowego charakteru standardowych warunków dla danej branży zasadniczo nie jest uzasadnione. Nie można jednak wykluczyć, że wiążące standardowe warunki mogą w konkretnym przypadku być niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności, który wywołują.

8.4.3. Przeniesienie na konsumentów

535. Zarówno ryzyko skutków ograniczających konkurencję, jak i prawdopodobieństwo przyrostu wydajności rosną wraz z udziałem przedsiębiorstw w rynku i zakresem stosowania standardowych warunków. Nie sposób zatem zapewnić jakiegokolwiek ogólnego obszaru bezpieczeństwa, w ramach którego nie występowałoby ryzyko powstania skutków ograniczających konkurencję lub który pozwalałby założyć, że korzyści z przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.
536. Jednakże niektóre elementy przyrostu wydajności wywołanego przez standardowe warunki, takie jak większa porównywalność ofert na rynku, ułatwiona zamiana jednego dostawcy na drugiego, pewność prawną klauzul zawartych w standardowych warunkach, są z pewnością korzystne dla konsumentów. Jeżeli chodzi o inne ewentualne korzyści z przyrostu wydajności, takie jak niższe koszty transakcji, należy ocenić w każdym indywidualnym przypadku i we właściwym kontekście gospodarczym, czy istnieje prawdopodobieństwo ich przeniesienia na konsumentów.

8.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

537. Standardowe warunki stosowane przez większość branży mogą stanowić normę *de facto* branżową. W takim przypadku konkurencja może zostać wyeliminowana, jeżeli skuteczny dostęp osób trzecich do normy jest zamknięty. Jeśli jednak standardowe warunki dotyczą jedynie ograniczonej części produktu/usługi, konkurencja prawdopodobnie nie zostanie wyeliminowana.

8.5. Przykłady

538. Niewiążące i otwarte standardowe warunki stosowane w umowach z użytkownikami końcowymi

Przykład 1

Sytuacja: Stowarzyszenie handlowe dystrybutorów energii elektrycznej ustanawia niewiążące standardowe warunki dostawy energii elektrycznej dla użytkowników końcowych. Standardowe warunki zostały ustanowione w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny. Standardowe warunki obejmują takie kwestie, jak określenie punktu zużycia energii, lokalizacja przyłącza i napięcie przyłączeniowe, postanowienia dotyczące niezawodności usługi oraz procedury regulowania rachunków pomiędzy stronami umowy (np. co się dzieje, gdy klient nie dostarcza dostawcy odczytów z urządzenia pomiarowego). Standardowe warunki nie obejmują żadnych kwestii odnoszących się do cen, tj. nie zawierają zalecanych cen ani innych klauzul dotyczących cen. Każde przedsiębiorstwo prowadzące działalność w sektorze ma swobodę stosowania standardowych warunków, jeżeli uzna to za stosowne. Około 80 % umów zawartych z użytkownikami końcowymi na rynku właściwym opiera się na tych standardowych warunkach.

Analiza: Jest mało prawdopodobne, że przedmiotowe standardowe warunki wywołują skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Nawet jeżeli stają się praktyką branżową, nie wydaje się, aby miały jakikolwiek znaczący negatywny wpływ na ceny, jakość lub różnorodność produktów.

539. Standardowe warunki stosowane w umowach między przedsiębiorstwami

Przykład 2

Sytuacja: Przedsiębiorstwa budowlane w pewnym państwie członkowskim uzgadniają ustanowienie niewiążących i otwartych standardowych warunków do celów stosowania ich przez wykonawcę przy przedstawianiu klientowi wyceny prac budowlanych. Formularz wyceny jest dołączony do warunków dotyczących robót budowlanych. Wszystkie dokumenty razem składają się na umowę na wykonanie robót budowlanych. Klauzule obejmują takie kwestie, jak zawarcie umowy, ogólne obowiązki przedsiębiorcy budowlanego i klienta, warunki płatności niedotyczące ceny (np. postanowienie określające prawo przedsiębiorcy budowlanego do zawieszenia robót ze względu na brak płatności), ubezpieczenie, czas trwania, odbiór i usterki, ograniczenie odpowiedzialności, wygaśnięcie umowy itp. Te standardowe warunki byłyby często stosowane między przedsiębiorstwami, jednym działającym na rynku niższego szczebla i jednym działającym na rynku wyższego szczebla.

Analiza: Jest mało prawdopodobne, że przedmiotowe standardowe warunki wywołują skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Zasadniczo wybór klienta w odniesieniu do produktu końcowego, tj. robót budowlanych, nie zostałby ograniczony w istotny sposób. Inne skutki ograniczające konkurencję nie

wydają się prawdopodobne. Przepisy prawa regulują bowiem wiele powyższych klauzul (odbior i usterki, wygaśnięcie umowy itp.).

540. Standardowe warunki ułatwiające porównywanie produktów różnych przedsiębiorstw

Przykład 3

Sytuacja: Krajowe stowarzyszenie w sektorze ubezpieczeń rozpowszechnia niewiążące standardowe warunki polisy w odniesieniu do umów ubezpieczenia mieszkaniowego. Warunki te nie wskazują poziomu składek ubezpieczeniowych ani wysokości pokrycia ryzyka, ani też wysokości udziału własnego ubezpieczonego. Nie nakładają one wymogu kompleksowej ochrony, obejmującej rodzaje ryzyka, na jakie spora część ubezpieczonych nie jest jednocześnie narażona, ani wymogu uzyskania przez ubezpieczonych ubezpieczenia od różnych rodzajów ryzyka u tego samego ubezpieczyciela. Chociaż większość zakładów ubezpieczeń stosuje standardowe warunki polisy, nie wszystkie ich umowy zawierają te same warunki, ponieważ są one dostosowane do indywidualnych potrzeb każdego klienta, a tym samym nie dochodzi do normalizacji *de facto* produktów ubezpieczeniowych oferowanych konsumentom. Standardowe warunki polisy umożliwiają konsumentom i organizacjom konsumentów porównywanie polis oferowanych przez poszczególnych ubezpieczycieli. Stowarzyszenie konsumentów bierze udział w procesie ustanawiania standardowych warunków polisy. Warunki te są również dostępne do stosowania przez nowych uczestników rynku na niedyskryminacyjnych zasadach.

Analiza: Przedmiotowe standardowe warunki polisy dotyczą struktury końcowego produktu ubezpieczeniowego. Jeśli sytuacja na rynku lub inne czynniki wskazują, że może istnieć ryzyko ograniczenia różnorodności produktów w wyniku stosowania przez zakłady ubezpieczeń takich standardowych warunków polisy, przyrost wydajności, polegający m.in. na ułatwianiu porównywania przez konsumentów warunków oferowanych przez zakłady ubezpieczeń, będzie prawdopodobnie przewyższał takie ewentualne ograniczenie. Z kolei porównania te ułatwiają przechodzenie z jednego zakładu ubezpieczeń do innego, co zwiększa konkurencję. Ponadto taka zmiana dostawców, tak jak i wejście na rynek konkurentów, stanowi korzyść dla konsumentów. Fakt, że w procesie tym wzięło udział stowarzyszenie konsumentów, mógł pod pewnymi względami zwiększyć prawdopodobieństwo przeniesienia na konsumentów tego przyrostu wydajności, który nie przynosi konsumentom korzyści automatycznie. Standardowe warunki polisy mogą również ograniczyć koszty transakcji i ułatwić wejście ubezpieczycieli na różne rynki geograficzne lub produktowe. Ponadto ograniczenia nie wydają się wykraczać poza to, co niezbędne w celu osiągnięcia określonego przyrostu wydajności, a konkurencja nie zostaje wyeliminowana. Tym samym prawdopodobne jest spełnienie kryteriów art. 101 ust. 3.

9. POROZUMIENIA W SPRAWIE ZRÓWNOWAŻONEGO ROZWOJU

9.1. Wprowadzenie

541. Niniejszy rozdział dotyczy oceny porozumień między konkurentami, które realizują jeden lub więcej celów zrównoważonego rozwoju („porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju”).

542. Zrównoważony rozwój jest jedną z podstawowych zasad Traktatu o Unii Europejskiej i priorytetowym celem polityki Unii³⁰⁹. Komisja zobowiązała się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju Organizacji Narodów Zjednoczonych³¹⁰. Zgodnie z tym zobowiązaniem Europejski Zielony Ład określa strategię na rzecz wzrostu, której celem jest przekształcenie Unii w sprawiedliwe i prosperujące społeczeństwo funkcjonujące w nowoczesnej, zasobooszczędnej i konkurencyjnej gospodarce, która począwszy od 2050 r. osiągnie zerowy poziom emisji gazów cieplarnianych netto i której wzrost gospodarczy nie jest powiązany z wykorzystaniem zasobów naturalnych³¹¹.
543. W szerokim ujęciu zrównoważony rozwój odnosi się do zdolności społeczeństwa do konsumpcji i wykorzystania dostępnych obecnie zasobów bez uszczerbku dla zdolności przyszłych pokoleń do zaspokajania własnych potrzeb. Obejmuje on działania wspierające rozwój gospodarczy, środowiskowy i społeczny (w tym w zakresie praw pracowniczych i praw człowieka)³¹². Pojęcie celu zrównoważonego rozwoju obejmuje więc m.in. przeciwdziałanie zmianie klimatu (np. poprzez redukcję emisji gazów cieplarnianych), eliminowanie zanieczyszczeń, ograniczanie wykorzystania zasobów naturalnych, przestrzeganie praw człowieka, promowanie odpornej infrastruktury i innowacji, ograniczanie marnotrawienia żywności, ułatwianie przejścia na zdrową i odżywczą żywność, zapewnianie dobrostanu zwierząt itp.³¹³
544. Egzekwowanie prawa konkurencji przyczynia się do zrównoważonego rozwoju dzięki zapewnieniu skutecznej konkurencji, która pobudza innowacje, zwiększa jakość i wybór produktów, zapewnia efektywną alokację zasobów, obniża koszty produkcji, a tym samym przyczynia się do dobrobytu konsumentów.
545. Problemem związanym ze zrównoważonym rozwojem jest jednak fakt, że indywidualne decyzje dotyczące produkcji i konsumpcji mogą mieć negatywne skutki („negatywne efekty zewnętrzne”), np. dla środowiska, które nie są w wystarczającym stopniu uwzględniane przez podmioty gospodarcze lub konsumentów, którzy je powodują. Takie niedoskonałości rynku można ograniczać lub eliminować za pomocą działań zbiorowych, na przykład poprzez politykę publiczną, przepisy sektorowe lub porozumienia kooperacyjne między przedsiębiorstwami, które sprzyjają zrównoważonej produkcji lub konsumpcji.

³⁰⁹ Art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej.

³¹⁰ Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030, przyjęta przez wszystkie państwa członkowskie Organizacji Narodów Zjednoczonych w 2015 r.

³¹¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Europejski Zielony Ład, COM(2019) 640 final.

³¹² Zob. np. rezolucja ONZ 66/288 przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 27 lipca 2012 r.

³¹³ W Agendzie ONZ na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030 określono 17 celów zrównoważonego rozwoju (w tym np. cel 7: zapewnić wszystkim dostęp do źródeł stabilnej, zrównoważonej i nowoczesnej energii po przystępnej cenie; cel 9: budować stabilną infrastrukturę, promować zrównoważone uprzemysłowienie oraz wspierać innowacyjność; cel 13: podjąć pilne działania w celu przeciwdziałania zmianom klimatu i ich skutkom); oraz 169 zadań szczegółowych (w tym np. zadanie szczegółowe 9.1: budować niezawodną, zrównoważoną, trwałą i stabilną infrastrukturę dobrej jakości, w tym infrastrukturę regionalną i transgraniczną, wspierającą rozwój gospodarczy i dobrobyt ludzi; zapewnić wszystkim ludziom równy dostęp do infrastruktury po przystępnej cenie; oraz zadanie szczegółowe 13.1: wzmocnić zdolności adaptacyjne i odporność na zagrożenia klimatyczne i klęski żywiołowe we wszystkich krajach).

546. Jeżeli niedoskonałościom rynku zaradzono za pomocą odpowiednich regulacji, np. obowiązkowych norm unijnych w zakresie zanieczyszczeń, mechanizmów cenowych, takich jak unijny system handlu uprawnieniami do emisji (EU ETS), i podatków, wprowadzanie dodatkowych środków przez przedsiębiorstwa, na przykład w drodze porozumień kooperacyjnych, może nie być konieczne. Porozumienia kooperacyjne mogą jednak okazać się konieczne w sytuacji, w której nadal istnieją niedoskonałości rynku, którym nie zaradzono w pełni za pomocą polityki publicznej i regulacji.
547. Do realizacji celów zrównoważonego rozwoju można dążyć, wykorzystując różne rodzaje porozumień kooperacyjnych, w tym porozumień, o których mowa w poprzednich rozdziałach niniejszych wytycznych. Porozumienia służące realizacji celów zrównoważonego rozwoju nie są odrębnym rodzajem porozumień kooperacyjnych. Termin „porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju” stosowany w niniejszych wytycznych odnosi się ogólnie do każdego rodzaju horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, które rzeczywiście realizuje jeden lub więcej celów zrównoważonego rozwoju, niezależnie od formy współpracy. Jeśli porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju dotyczy rodzaju współpracy opisanego w którymś z poprzednich rozdziałów niniejszych wytycznych, jego ocena będzie się odbywać zgodnie z zasadami i przesłankami przedstawionymi w tych rozdziałach, z jednoczesnym uwzględnieniem konkretnego celu w zakresie zrównoważonego rozwoju.
548. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju stwarzają problemy w zakresie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 tylko wtedy, gdy pociągają za sobą poważne ograniczenia konkurencji w postaci ograniczeń ze względu na cel lub wywołują znaczące negatywne skutki dla konkurencji sprzeczne z art. 101 ust. 1. Jeżeli porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju naruszają art. 101 ust. 1, mogą być nadal uzasadnione na podstawie art. 101 ust. 3, jeżeli spełnione są cztery warunki określone w tym przepisie. Szczegółowe wskazówki dotyczące oceny tych warunków przedstawiono w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 101 ust. 3³¹⁴. Porozumienia, które ograniczają konkurencję, nie mogą uniknąć zakazu określonego w art. 101 ust. 1 tylko dlatego, że są konieczne do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju³¹⁵. Jednak ograniczenia, które są dodatkowe w kontekście porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju zgodnego z art. 101 ust. 1, również nie będą objęte zakresem stosowania tego przepisu³¹⁶.
549. Niniejszy rozdział zawiera dodatkowe wskazówki dotyczące oceny tych warunków, w szczególności wyjaśnienia, kiedy korzyści związane ze zrównoważonym

³¹⁴ Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu („wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3”), Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

³¹⁵ W Traktacie wyraźnie przewidziano wyjątki od stosowania reguł konkurencji jedynie w celu wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym na podstawie art. 106 ust. 2 Traktatu oraz na potrzeby osiągnięcia celów wspólnej polityki rolnej na podstawie art. 42 Traktatu. Zob. również sprawy, w których Trybunał Sprawiedliwości uznał, że ograniczenia, które są nieodłącznie związane z uzasadnionymi celami niektórych zawodów, mogą wymykać się spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1, jeżeli wynikające z nich skutki ograniczające konkurencję są nieodłącznie związane z realizacją tych celów (zob. wyrok z dnia 19 lutego 2002 r., Wouters i in., C-309/99, EU:C:2002:98 oraz wyrok z dnia 16 lipca 2006 r., Meca-Medina i Majcen/Komisja, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

³¹⁶ Zob. sekcja 1.2.6 powyżej.

rozwojem można uwzględnić jako jakościowy lub ilościowy przyrost wydajności w ocenie dokonanej na podstawie art. 101 ust. 3.

550. Niniejszy rozdział skonstruowano w następujący sposób: W sekcji 9.2 przedstawiono przykłady porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju, które prawdopodobnie nie będą stwarzać żadnych problemów w zakresie konkurencji, ponieważ ani nie ograniczają konkurencji ze względu na cel, ani nie mają żadnego znaczącego wpływu na konkurencję, a zatem nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Sekcja 9.3 zawiera wskazówki dotyczące konkretnych aspektów oceny porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 1 i koncentruje się na najbardziej typowych porozumieniach w sprawie zrównoważonego rozwoju, które ustanawiają normy zrównoważonego rozwoju. Sekcja 9.4 koncentruje się na konkretnych aspektach oceny porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 3. W sekcji 9.5 przedstawiono rozważania na temat konsekwencji zaangażowania organów publicznych w zawieranie porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju. W sekcji 9.7 przedstawiono natomiast ocenę hipotetycznych przykładów porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju.

9.2. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju nie stwarzające problemów w zakresie konkurencji

551. Nie wszystkie porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju zawierane między konkurentami wchodzą w zakres stosowania art. 101. Jeżeli takie porozumienia nie mają wpływu na parametry dotyczące konkurencji, takie jak cena, ilość, jakość, wybór lub innowacyjność, nie są w stanie stwarzać problemów związanych z prawem konkurencji. Poniższe przykłady mają charakter ilustracyjny i nie są wyczerpujące.
552. Po pierwsze, porozumienia, które nie dotyczą działalności gospodarczej konkurentów, ale ich wewnętrznych procedur korporacyjnych, zasadniczo nie będą objęte zakresem stosowania art. 101. Konkurenci mogą dążyć do zwiększenia ogólnej reputacji branży jako odpowiedzialnej ekologicznie i w tym celu uzgadniać na przykład środki mające na celu wyeliminowanie jednorazowych elementów z tworzyw sztucznych w swoich obiektach handlowych, nieprzekraczanie określonej temperatury otoczenia w budynkach lub ograniczenie liczby drukowanych materiałów dziennie.
553. Po drugie, porozumienia dotyczące utworzenia bazy danych zawierającej informacje o dostawcach, którzy dysponują zrównoważonymi łańcuchami wartości, stosują zrównoważone procesy produkcji i dostarczają zrównoważonych czynników produkcji, lub dystrybutorach sprzedających produkty w sposób zrównoważony, bez nakładania na strony wymogu dokonywania zakupów od tych dostawców lub sprzedawania tym dystrybutorom, zasadniczo nie będą stwarzać problemów w zakresie konkurencji na podstawie art. 101.
554. Po trzecie, porozumienia między konkurentami dotyczące organizacji ogólnobranżowych kampanii uświadamiających lub kampanii zwiększających świadomość klientów w kwestii śladu środowiskowego ich konsumpcji, gdy kampanie takie nie są równoznaczne ze wspólną reklamą konkretnych produktów, również zasadniczo nie mogą stwarzać problemów w zakresie konkurencji na podstawie art. 101.

9.3. Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 1

9.3.1. Zasady

555. Jeżeli porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju mają wpływ na jeden lub więcej parametrów konkurencji, może zaistnieć potrzeba ich oceny na podstawie art. 101 ust. 1.
556. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju, które odpowiadają jednemu z rodzajów porozumień kooperacyjnych omówionych we wcześniejszych rozdziałach niniejszych wytycznych, będą oceniane na podstawie art. 101 ust. 1 zgodnie z opisem zawartym w tych rozdziałach. Na przykład porozumienie między konkurentami dotyczące wspólnego opracowania technologii produkcji, która zmniejsza zużycie energii, musi być oceniane zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale 2 (Porozumienia badawczo-rozwojowe). Porozumienie o wspólnym korzystaniu z infrastruktury w celu zmniejszenia śladu środowiskowego procesu produkcji należy oceniać zgodnie z zasadami przedstawionymi w rozdziale 3 (Porozumienia produkcyjne).
557. Porozumienie między konkurentami o wspólnym zakupie produktów o ograniczonym śladzie środowiskowym jako czynników na potrzeby ich produkcji lub o dokonywaniu zakupów wyłącznie od dostawców przestrzegających określonych zasad zrównoważonego rozwoju należy oceniać zgodnie z zasadami przedstawionymi w rozdziale 4 (Porozumienia o zakupach)³¹⁷.
558. Podobnie porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju, które mają formę porozumień badawczo-rozwojowych lub specjalizacyjnych, są objęte odpowiednimi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych, jeśli spełnione są warunki wyłączenia określone w tych rozporządzeniach.
559. Fakt, że dane porozumienie rzeczywiście ma na celu zrównoważony rozwój, można wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy dane ograniczenie stanowi ograniczenie ze względu na cel lub skutek w rozumieniu art. 101 ust. 1³¹⁸.
560. W związku z tym, jeśli strony twierdzą, że porozumienie, które wydaje się mieć na celu ustalanie cen, podział rynku lub klientów, ograniczenie produkcji lub innowacyjności, w rzeczywistości ma na celu zrównoważony rozwój, będą musiały przedstawić wszystkie fakty i dowody wskazujące na to, że porozumienie rzeczywiście ma taki cel i nie jest wykorzystywane do ukrycia ograniczenia konkurencji ze względu na cel. Jeśli na podstawie dowodów można ustalić, że dane porozumienie rzeczywiście służy realizacji celu zrównoważonego rozwoju, należy ocenić jego wpływ na konkurencję³¹⁹.

³¹⁷ Zob. sekcja 4.2.3.2 powyżej.

³¹⁸ Aby ocenić, czy dane porozumienie między przedsiębiorstwami wykazuje stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1, należy skupić się na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki porozumienie to się wpisuje. Zob. wyrok z dnia 11 września 2014 r. CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 53.

³¹⁹ Zasadniczo dowody świadczące o dążeniu do osiągnięcia celu związanego ze zrównoważonym rozwojem powinny dawać podstawy dla uzasadnionych wątpliwości co do tego, że porozumienie ma charakter antykonkurencyjny. Dążenie do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju nie powinno być jednak niepewne. Zob. na zasadzie analogii wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 107–108.

9.3.2. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju

9.3.2.1. Definicja i charakterystyka

561. Aby przyczynić się do zrównoważonego rozwoju, konkurenci mogą zgodzić się na stopniowe wycofywanie, wycofanie lub, w niektórych przypadkach, zastępowanie niezrównoważonych produktów (np. paliw kopalnych, takich jak ropa naftowa i węgiel, tworzyw sztucznych) i procesów (np. spalania gazu) produktami i procesami zrównoważonymi. Konkurenci mogą także uzgodnić harmonizację materiałów opakowaniowych w celu ułatwienia recyklingu lub harmonizację rozmiarów opakowań (a tym samym zawartości produktów) w celu ograniczenia ilości odpadów. Konkurenci mogą także uzgodnić, że będą kupować czynniki produkcji tylko wtedy, gdy zakupione produkty są wytwarzane w sposób zrównoważony. Konkurenci mogą również uzgodnić pewne warunki poprawiające dobrostan zwierząt (np. uzgodnione normy zapewniające zwierzętom więcej przestrzeni). W tym celu konkurenci mogą zgodzić się na przyjęcie i przestrzeganie pewnych norm zrównoważonego rozwoju. Takie porozumienia nazywane są w niniejszym rozdziale „porozumieniami standaryzacyjnymi dotyczącymi zrównoważonego rozwoju” lub „normami zrównoważonego rozwoju”.
562. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju określają wymagania, jakie producenci, handlowcy, wytwórcy, detaliści lub usługodawcy w łańcuchu dostaw muszą spełnić w odniesieniu do szerokiego zakresu wskaźników zrównoważonego rozwoju, takich jak wpływ produkcji na środowisko³²⁰. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju zawierają zazwyczaj zasady, wytyczne lub charakterystyki produktów i metod produkcji w odniesieniu do takich wskaźników zrównoważonego rozwoju i są czasem nazywane systemami na rzecz zrównoważonego rozwoju. Są to często inicjatywy prywatne i mogą obejmować zarówno kodeksy postępowania ustalane jednostronnie przez przedsiębiorstwa, jak i normy opracowane przez organizacje społeczeństwa obywatelskiego oraz inicjatywy wielostronne, w których uczestniczą przedsiębiorstwa z całego łańcucha wartości³²¹. Niniejsze wytyczne dotyczą wyłącznie norm zrównoważonego rozwoju opracowanych przez konkurentów lub w których konkurenci uczestniczą, w tym znaków jakości lub etykiet.
563. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju są podobne do porozumień standaryzacyjnych omówionych w rozdziale 7. Mają one jednak także cechy, które są nietypowe dla tych porozumień standaryzacyjnych lub są w tych porozumieniach mniej widoczne.
564. Po pierwsze, przyjęcie normy zrównoważonego rozwoju może często prowadzić do uzgodnienia ekologicznego oznakowania, logo lub marki w odniesieniu do produktów, które spełniają pewne minimalne wymagania. Używanie takiego oznakowania, logo lub marki zasadniczo zobowiązuje przedsiębiorstwa, które przyjęły normę, do jej przestrzegania. Przedsiębiorstwa te mogą posługiwać się oznakowaniem/logo/marką tak długo, jak długo spełniają warunki zrównoważonego

³²⁰ Zob. na przykład Forum Narodów Zjednoczonych ds. Norm Zrównoważonego Rozwoju, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>

³²¹ Zob. na przykład Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju, Ramy dotyczące dobrowolnych norm zrównoważonego rozwoju, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf

rozwoju, natomiast tracą prawo do posługiwania się oznakowaniem/logo/marką, gdy przestają spełniać te wymogi.

565. Po drugie, koszty przestrzegania i dostosowania się do norm zrównoważonego rozwoju mogą być wysokie, w szczególności jeśli do jej spełnienia konieczne jest wprowadzenie zmian w istniejących procesach produkcji lub procesach handlowych. W związku z tym przestrzeganie normy zrównoważonego rozwoju może prowadzić do wzrostu kosztów produkcji lub dystrybucji, a w konsekwencji do wzrostu cen produktów sprzedawanych przez strony.
566. Po trzecie, w przeciwieństwie do norm technicznych, które zapewniają interoperacyjność i zachęcają do konkurencji między technologiami pochodzącymi od różnych przedsiębiorstw w procesie opracowywania norm, kwestie interoperacyjności i kompatybilności między technologiami są zasadniczo nieistotne w przypadku norm zrównoważonego rozwoju.
567. Po czwarte, wiele norm zrównoważonego rozwoju opiera się na procesach, zarządzaniu lub wynikach. Oznacza to, że w przeciwieństwie do wielu norm technicznych, normy zrównoważonego rozwoju często określają cel, który należy osiągnąć, nie narzucając żadnych konkretnych technologii czy metod produkcji. Podmioty przyjmujące normy zrównoważonego rozwoju mogą zobowiązać się do osiągnięcia danego celu, ale zachowują swobodę decydowania o zastosowaniu konkretnej technologii lub procesu produkcji do jego osiągnięcia.

9.3.2.2. Główne problemy w zakresie konkurencji

568. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju mają często pozytywny wpływ na konkurencję. Przyczyniają się one do zrównoważonego rozwoju, a zatem mogą umożliwić rozwój nowych produktów lub rynków, podnieść jakość produktów lub poprawić warunki dostaw lub dystrybucji. W szczególności, dostarczając informacji na temat kwestii związanych ze zrównoważonym rozwojem (np. za pomocą oznakowania), normy zrównoważonego rozwoju umożliwiają konsumentom podejmowanie świadomych decyzji o zakupie, a zatem odgrywają rolę w rozwoju rynków zrównoważonych produktów. Normy zrównoważonego rozwoju mogą także zapewnić równie warunki działania producentom podlegającym różnym wymogom regulacyjnym.
569. W pewnych okolicznościach normy zrównoważonego rozwoju mogą jednak również ograniczać konkurencję. Może to nastąpić na trzy główne sposoby: poprzez koordynację cen, zamknięcie dostępu do alternatywnych norm oraz wykluczenie lub dyskryminację niektórych konkurentów³²².

9.3.2.3. Ograniczenia ze względu na cel

570. Normy dotyczące zrównoważonego rozwoju, które rzeczywiście nie służą osiągnięciu celu zrównoważonego rozwoju, tylko ukrywają ustalanie cen, podział rynku lub klientów, ograniczenia produkcji, jakości lub innowacyjności, ograniczają konkurencję ze względu na cel.
571. W szczególności porozumienie między konkurentami co do tego, jak przełożyć zwiększone koszty wynikające z przyjęcia normy zrównoważonego rozwoju na wyższe ceny sprzedaży dla swoich klientów, ogranicza konkurencję ze względu na cel. Podobnie porozumienie między stronami normy zrównoważonego rozwoju

³²²

Zob. pkt 467–470.

dotyczące wywierania nacisku na osoby trzecie, by powstrzymały się od wprowadzania do obrotu produktów niezgodnych z normą zrównoważonego rozwoju, ogranicza konkurencję ze względu na cel.

9.3.2.4. Skutki ograniczające konkurencję

a) Wygodna „bezpieczna przystań”

572. Jeżeli porozumienie nie kwalifikuje się jako ograniczenie ze względu na cel, może naruszać art. 101 ust. 1 tylko wtedy, gdy wywołuje znaczące negatywne skutki dla konkurencji. Jednak porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju prawdopodobnie nie będą wywoływać znaczących negatywnych skutków dla konkurencji i nie będą objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, jeśli spełnione będą łącznie następujące warunki:

Po pierwsze, procedura opracowywania normy zrównoważonego rozwoju jest przejrzysta i wszyscy zainteresowani konkurenci mogą uczestniczyć w procesie wyboru normy³²³.

Po drugie, norma zrównoważonego rozwoju nie powinna nakładać na przedsiębiorstwa, które nie chcą w niej uczestniczyć, bezpośredniego lub pośredniego obowiązku dostosowania się do niej³²⁴.

Po trzecie, przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu powinny mieć możliwość przyjęcia na swój użytek wyższej normy zrównoważonego rozwoju niż norma uzgodniona z pozostałymi stronami porozumienia (np. mogą zdecydować się na stosowanie w swoim produkcie końcowym bardziej zrównoważonych składników, niż wymaga tego norma).

Po czwarte, strony opracowujące normę zrównoważonego rozwoju nie powinny wymieniać się szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, które nie są niezbędne do opracowania, przyjęcia lub modyfikacji normy.

Po piąte, należy zapewnić faktyczny i niedyskryminacyjny dostęp do wyników procedury normalizacyjnej. Powinno to obejmować faktyczny i niedyskryminacyjny dostęp do wymogów i warunków uzyskania uzgodnionego oznakowania lub możliwość przyjęcia normy na późniejszym etapie przez przedsiębiorstwa, które nie uczestniczyły w procesie opracowywania normy.

Po szóste, norma zrównoważonego rozwoju nie powinna prowadzić do znacznego wzrostu cen ani do znacznego ograniczenia wyboru produktów dostępnych na rynku³²⁵.

Po siódme, należy wprowadzić mechanizm lub system monitorowania, który zagwarantuje, że przedsiębiorstwa, które przyjmą normę zrównoważonego rozwoju, będą rzeczywiście przestrzegać jej wymogów.

³²³ Zob. pkt 479.

³²⁴ Innymi słowy, przedsiębiorstwa z danej branży, które nie chcą przestrzegać normy, powinny zachować swobodę i nie należy im utrudniać dalszego zaopatrywania rynku i konsumentów w produkty, które spełniają wymogi prawne, ale nie spełniają dodatkowych wymogów stworzonych przez nową normę zrównoważonego rozwoju.

³²⁵ Polityka konkurencji dotyczy podwyżek cen, które są wynikiem ograniczenia konkurencji, a nie podwyżek cen, które są jedynie odzwierciedleniem wzrostu jakości produktów. W praktyce jednak bardzo trudno jest odróżnić wzrost cen wynikający wyłącznie z podniesienia jakości od wzrostu cen spowodowanego także ograniczeniem konkurencji. W związku z tym, jeśli wzrost cen lub obniżenie jakości są znaczne, trzeba będzie ocenić skutki porozumienia.

573. Warunki te zapewniają, aby norma zrównoważonego rozwoju nie zamykała dostępu do innowacyjnych norm alternatywnych, nie wykluczała ani nie dyskryminowała innych przedsiębiorstw, a także gwarantowała faktyczny dostęp do normy. Warunek dotyczący niewymieniania się szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, które nie są niezbędne w tym zakresie, zapewnia niewykorzystywanie procedury ustanawiania norm do ułatwiania tworzenia zmowy ani do ograniczania konkurencji między stronami. Jak wskazano w pkt 565 powyżej, normy zrównoważonego rozwoju mogą często prowadzić do wzrostu cen. Jeżeli jednak normę przyjmą przedsiębiorstwa posiadające znaczne udziały w rynku, można osiągnąć znaczne korzyści skali pozwalające przedsiębiorstwom zachować poprzedni poziom cen lub wprowadzić jedynie nieznaczną podwyżkę cen.
574. Niespełnienie jednego lub kilku z tych warunków nie stwarza domniemania, że porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Jeżeli jednak niektóre z tych warunków nie są spełnione, konieczna będzie w szczególności ocena, czy i w jakim stopniu porozumienie może doprowadzić do wywołania znaczącego negatywnego wpływu na konkurencję lub faktycznie do tego prowadzi. Mogą istnieć różne modele działań normalizacyjnych, a przedsiębiorstwa mają swobodę we wprowadzaniu zasad i procedur, które nie naruszają reguł konkurencji, a jednocześnie różnią się od opisanych w pkt 572 powyżej.

b) Potrzeba oceny skutków porozumienia

575. Aby ocenić skutki wprowadzenia normy zrównoważonego rozwoju, należy wziąć pod uwagę zasięg rynkowy produktów, których dotyczy dana norma. Normy zrównoważonego rozwoju mogą nie mieć znaczących skutków antykonkurencyjnych, np. gdy istnieje wystarczająca konkurencja ze strony alternatywnych oznakowań/norm dotyczących zrównoważonego rozwoju lub produktów wytwarzanych i rozprowadzanych w sposób konwencjonalny (tj. poza oznaczeniami/normami). Zasięg rynkowy danego porozumienia może być niewystarczający do zakłócenia konkurencji w znacznym stopniu, np. gdy istnieje rzeczywista konkurencja ze strony alternatywnych oznakowań lub produktów wytwarzanych i rozprowadzanych w sposób konwencjonalny. Nawet jeśli zasięg rynkowy porozumienia jest znaczny, efekt ograniczający potencjalną konkurencję może być nadal wystarczający, w szczególności w przypadkach, gdy porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju ogranicza się do uzgodnienia oznakowania, pozostawiając uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom swobodę działania także bez stosowania oznakowania. W takim przypadku konsumenci będą mieli wybór między zakupem produktów opatrzonych danym oznakowaniem a zakupem produktów, być może wytwarzanych przez te same przedsiębiorstwa, ale niespełniających wymogów oznakowania, a zatem ograniczenie konkurencji jest mało prawdopodobne³²⁶. W przypadkach gdy porozumienie standaryzacyjne prawdopodobnie doprowadzi do znacznego wzrostu cen lub ograniczenia produkcji,

³²⁶ Porozumienia między konkurentami, które nie zawierają ograniczeń ze względu na cel, mogą również wykorzystywać „bezpieczną przystań” przewidzianą w zawiadomieniu *de minimis*, pod warunkiem że – jeśli porozumienie jest zawierane między konkurentami – łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 10 % na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie. Zob. Komunikat Komisji – Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*), Dz.U. C 291 z 30.8.2014, s. 13.

różnorodności, jakości lub innowacyjności produktów, strony porozumienia mogą próbować powołać się na art. 101 ust. 3.

9.4. Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 3

576. Każde porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju, które narusza art. 101 ust. 1, może zostać wyłączone na mocy art. 101 ust. 3, jeżeli strony porozumienia udowodnią, że spełnione są cztery łączne warunki określone w tym przepisie.

9.4.1. Przyrost wydajności

577. Pierwszy warunek określony w art. 101 ust. 3 wymaga, aby dane porozumienie przyczyniało się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego. Zasadniczo w artykule tym wymaga się, aby porozumienie przyczyniało się do obiektywnego wzrostu wydajności, rozumianej w szerokim sensie jako obejmującej nie tylko obniżenie kosztów produkcji i dystrybucji, ale także zwiększenie różnorodności i jakości produktów, usprawnienie procesów produkcji lub dystrybucji oraz wzrost innowacyjności³²⁷. Umożliwia ono zatem uwzględnienie jako przyrostu wydajności szerokiego spektrum korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem wynikających ze stosowania określonych składników, technologii i procesów produkcji.
578. Przykładowo, porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju mogą przynieść przyrost wydajności w postaci czystszych technologii produkcji lub dystrybucji, mniejszego zanieczyszczenia, poprawy warunków produkcji i dystrybucji, bardziej odpornej infrastruktury lub łańcuchów dostaw, produktów lepszej jakości itp. Mogą one także pozwolić uniknąć zakłóceń w łańcuchu dostaw, skrócić czas wprowadzania zrównoważonych produktów na rynek oraz przyczynić się do zwiększenia możliwości wyboru konsumentów poprzez ułatwienie porównywania produktów. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.
579. Te przyrosty wydajności wymagają potwierdzenia; nie wystarczy po prostu założyć, że istnieją³²⁸. Muszą być one także obiektywne, konkretne i możliwe do sprawdzenia. Na przykład, jeśli deklarowany przyrost wydajności polega na ulepszeniu produktu, strony muszą szczegółowo opisać elementy charakterystyczne tego ulepszenia. Jeśli deklarowana korzyść polega na przykład na zmniejszeniu zanieczyszczenia wody, strony muszą wyjaśnić dokładnie, w jaki sposób zawarte porozumienie przyczynia się do zmniejszenia zanieczyszczenia wody, oraz przedstawić szacunkową wielkość deklarowanej korzyści³²⁹.

9.4.2. Niezbędność

580. Do celów niniejszych wytycznych należy zająć się trzecim warunkiem określonym w art. 101 ust. 3, tj. warunkiem niezbędności, przed drugim warunkiem, tj. warunkiem dotyczącym zastrzeżenia dla użytkowników (konsumentów) słusznej części zysku (korzyści). Wynika to z faktu, że analiza dotycząca zastrzeżenia dla

³²⁷ Zob. również pkt 48–72 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

³²⁸ Zob. również pkt 50–58 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

³²⁹ Zob. na przykład zalecenie Komisji (UE) 2021/2279 z dnia 15 grudnia 2021 r. w sprawie stosowania metod oznaczania śladu środowiskowego do pomiaru efektywności środowiskowej w cyklu życia produktów i organizacji oraz informowania o niej, Dz.U. L 471 z 30.12.2021, s. 1.

konsumentów słusznej części zysku nie powinna obejmować skutków ograniczeń, które nie spełniają warunku niezbędności i które są w związku z tym zakazane na podstawie art. 101³³⁰.

581. Zgodnie z trzecim warunkiem zawartym w art. 101 ust. 3 porozumienie ograniczające konkurencję nie może nakładać ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia korzyści wynikających z porozumienia. Aby spełnić ten warunek, strony porozumienia muszą wykazać, że ich porozumienie jako takie oraz każde z ograniczeń konkurencji, jakie ono za sobą pociąga, są racjonalnie konieczne do osiągnięcia deklarowanych korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem oraz że nie istnieją inne, ekonomicznie wykonalne i mniej ograniczające sposoby osiągnięcia tych korzyści³³¹.
582. Teoretycznie każde przedsiębiorstwo powinno samo decydować, w jaki sposób chce dążyć do osiągnięcia korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem, a rynek nagradzałby dobre decyzje i karał złe w zależności od tego, jak konsumenci je cenią. Tam, gdzie istnieje popyt na zrównoważone produkty, porozumienia kooperacyjne nie są niezbędne do osiągnięcia samych korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem. Mogą one jednak być niezbędne do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju w sposób bardziej racjonalny pod względem kosztów.
583. Polityka publiczna i regulacje prawne często zajmują się negatywnymi efektami zewnętrznymi. Zazwyczaj dążą do tego poprzez narzucanie zasad wymagających działań na szczeblu zbiorowym, które zapewniają efektywne rezultaty rynkowe, uwzględniające wpływ poszczególnych działań w zakresie zrównoważonego rozwoju³³². W związku z tym, jeśli prawo unijne lub krajowe wymaga od przedsiębiorstw osiągnięcia konkretnych celów w zakresie zrównoważonego rozwoju, nie można uznać, że porozumienia kooperacyjne i ograniczenia, które mogą z nich wynikać, są niezbędne do osiągnięcia tego celu. Dzieje się tak dlatego, że ustawodawca już zdecydował, że każde przedsiębiorstwo jest zobowiązane do osiągnięcia danego celu samodzielnie³³³. W takich okolicznościach porozumienia kooperacyjne mogą być niezbędne jedynie do osiągnięcia celu w sposób bardziej racjonalny pod względem kosztów.
584. W innych przypadkach, ze względu na niedoskonałości rynku, korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem nie mogą zostać osiągnięte, jeśli pozostawi się je swobodnej interakcji sił rynkowych, lub mogą zostać osiągnięte w sposób bardziej racjonalny pod względem kosztów, jeśli przedsiębiorstwa będą ze sobą współpracować. Na przykład porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju może być konieczne, aby uniknąć niewłaściwego wykorzystywania inwestycji koniecznych do promowania zrównoważonych produktów i edukowania konsumentów (przewyciężenie tzw. „problemów pioniera”).

³³⁰ Zob. w szczególności pkt 39 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3

³³¹ Zob. w szczególności pkt 73–82 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

³³² Na przykład regulacje dotyczące ochrony środowiska realizują ten cel za pomocą podatków, zakazów lub dotacji.

³³³ Jeżeli przedsiębiorstwa działają w ramach systemu pułapów i handlu, takim jak system EU ETS, należy uznać, że każde zmniejszenie zanieczyszczenia i odpowiadające mu zmniejszenie wykorzystania uprawnień do emisji przez dane przedsiębiorstwo lub sektor spowoduje uwolnienie tych uprawnień, co w rezultacie da zerowy efekt netto w zakresie zanieczyszczenia w przypadku braku redukcji uprawnień do emisji („efekt łóżka wodnego”).

585. W tym kontekście porozumienie ograniczające konkurencję może być również konieczne do osiągnięcia korzyści skali, w szczególności do osiągnięcia skali wystarczającej do pokrycia kosztów stałych związanych z utworzeniem, stosowaniem i monitorowaniem oznakowania. Ograniczenia mogą być także niezbędne do zrównania czynników motywujących obie strony i skłonienia ich do skoncentrowania wysiłków wokół realizacji porozumienia³³⁴. Jeśli porozumienie zobowiązuje strony do niepodejmowania działań bez stosowania oznakowania lub normy, strony będą musiały udowodnić, dlaczego samo ustanowienie oznakowania lub normy nie wystarczy do uzyskania przyrostu wydajności. Zazwyczaj wystarczy określenie w porozumieniu normy zrównoważonego rozwoju jako wspólnej normy minimalnej, pozostawiając w ten sposób uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom możliwość indywidualnego stosowania wyższej normy zrównoważonego rozwoju niż norma wspólnie uzgodniona.
586. Porozumienie może być również konieczne w przypadkach, w których strony mogą wykazać, że konsumenci na rynku właściwym mają trudności – na przykład ze względu na brak wystarczającej wiedzy lub informacji o samym produkcie lub konsekwencjach używania go – z obiektywnym wyważeniem przyszłych korzyści, jakie uzyskają z porozumienia, oraz bezpośredniej szkody, jaką poniosą w wyniku tego samego porozumienia, i że w rezultacie przeceniają znaczenie bezpośredniego skutku. Na przykład konsumenci mogą nie być w stanie docenić przyszłych korzyści w postaci lepszej jakości i większej innowacyjności, jeśli bezpośrednim skutkiem jest wzrost ceny produktu.
587. Co do zasady obowiązki nałożone w ramach porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celu porozumienia.

9.4.3. *Przeniesienie na konsumentów*

588. W drugim warunku określonym w art. 101 ust. 3 przewidziano wymóg, zgodnie z którym konsumenci muszą otrzymać słuszną część deklarowanego zysku (korzyści). Pojęcie „konsumenci” obejmuje wszystkich bezpośrednich lub pośrednich użytkowników produktów objętych porozumieniem³³⁵. Konsumenci otrzymują słuszną część korzyści, gdy korzyści wynikające z porozumienia przewyższają szkody spowodowane przez to samo porozumienie, tak że ogólny wpływ na konsumentów na rynku właściwym jest co najmniej neutralny³³⁶. W związku z tym korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem, które wynikają z porozumień, muszą odnosić się do konsumentów produktów objętych tymi porozumieniami.
589. W wielu przypadkach może być oczywiste, że korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem nie mają związku z konsumentami na rynku właściwym lub że nie byłyby one na tyle znaczące, aby zrekompensować szkodę na rynku właściwym. I odwrotnie, mogą się zdarzyć przypadki, w których szkoda dla konkurencji jest bez wątpienia niewielka w porównaniu z potencjalnymi

³³⁴ Zob. w szczególności pkt 80 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3

³³⁵ Obejmuje to producentów, którzy wykorzystują produkty jako czynniki produkcji, hurtowników, detalistów i konsumentów końcowych, tj. osoby fizyczne, które wykorzystują produkt w celach, które można uznać za niezwiązane z ich działalnością handlową lub zawodową.

³³⁶ Zob. pkt 85 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3, jak również wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 72.

korzyściami, co eliminuje potrzebę dokonania szczegółowej oceny. Mogą też jednak wystąpić przypadki, w których nie da się uniknąć szczegółowej oceny.

9.4.3.1. Indywidualne korzyści wynikające z wartości użytkowej

590. Korzyści dla konsumentów wynikają zazwyczaj z konsumpcji lub stosowania produktów objętych ocenianym porozumieniem. Korzyści te mogą przybrać formę poprawy jakości lub różnorodności produktów, wynikającej z przyrostu wydajności w zakresie jakości, lub zmaterializować się w postaci spadku cen dzięki przyrostowi wydajności w zakresie kosztów. Korzyści takie mogą wynikać także z konsumpcji zrównoważonego produktu w taki sam sposób, jak z konsumpcji każdego innego produktu. Korzyści te można określić mianem „indywidualnych korzyści wynikających z wartości użytkowej”, ponieważ wynikają one z użytkowania produktu i bezpośrednio poprawiają doświadczenia konsumentów związane z danym produktem.
591. Na przykład warzywa uprawiane z wykorzystaniem nawozów organicznych mogą mieć lepszy smak lub być zdrowsze dla konsumentów niż warzywa produkowane z wykorzystaniem nawozów nieorganicznych. Również zastąpienie tworzyw sztucznych bardziej trwałymi materiałami w różnych produktach może zwiększyć trwałość tych produktów. W takich okolicznościach konsumenci korzystają z wyższej jakości dzięki samemu faktowi użytkowania danego produktu. Są to typowe przyrosty wydajności w zakresie jakości, jakie może przynieść porozumienie ograniczające konkurencję, i mogą one przewyższyć szkodę spowodowaną wzrostem ceny (w związku z uzgodnionym stosowaniem droższych materiałów zrównoważonych) lub ograniczeniem wyboru (w związku z uzgodnionym niestosowaniem niezrównoważonego produktu). Jeśli korzyści są wystarczająco duże, aby przewyższyć szkodę spowodowaną wzrostem cen lub ograniczeniem wyboru, zrekompensują one konsumentom poszkodowanym przez to samo porozumienie, a tym samym spełnią drugi warunek określony w art. 101 ust. 3.
592. W powyższych przykładach, oprócz indywidualnych korzyści wynikających z wartości użytkowej, omawianym porozumieniom mogą towarzyszyć pozytywne efekty, które nie dotyczą bezpośrednio konsumentów (pozytywne efekty zewnętrzne). Pozytywne efekty zewnętrzne występują wtedy, gdy ograniczone zostają negatywne efekty zewnętrzne, takie jak zanieczyszczenie, erozja gleby itp. Osiągnięcie tych pozytywnych efektów zewnętrznych, z których społeczeństwo może korzystać obecnie lub w przyszłości, mogło nie być możliwe w przypadku braku zawarcia danego porozumienia ograniczającego konkurencję. Te pozytywne efekty zewnętrzne różnią się od indywidualnych korzyści wynikających z wartości użytkowej, które uzyskują konsumenci na rynku właściwym (zob. sekcja 9.4.3.3).
593. Porozumienia mające na celu zmniejszenie liczby opakowań mogą także obniżyć koszty produkcji i dystrybucji, a ostatecznie – cenę produktu. Na przykład porozumienie między konkurentami dotyczące dostarczania skoncentrowanego detergentu w płynie w mniejszych butelkach może obniżyć koszty materiałów, transportu i magazynowania. Podobnie porozumienia w sprawie dzielenia się z konkurentami infrastrukturą lub usługami transportowymi związanymi z dystrybucją mogą obniżyć koszty stron, a tym samym cenę produktu końcowego. Szkody wynikające z takich porozumień mogą polegać na ograniczeniu wyboru konsumentów, ale korzyści wynikające z niższej ceny mogą przewyższyć szkody

wynikające z ograniczenia wyboru lub nawet z obniżonej jakości usług lub produktów³³⁷. Te same porozumienia mogą mieć także pozytywne efekty zewnętrzne polegające na zmniejszeniu negatywnego wpływu na środowisko (zob. sekcja 9.4.3.3 poniżej).

9.4.3.2. Indywidualne korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej

594. Korzyści dla konsumentów z porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju mogą obejmować nie tylko bezpośrednie korzyści z użytkowania zrównoważonego produktu, ale także korzyści pośrednie, wynikające z doceniania przez konsumentów wpływu ich zrównoważonej konsumpcji na innych. W szczególności niektórzy konsumenci mogą preferować konsumpcję zrównoważonego produktu niż konsumpcję niezrównoważonego produktu, ponieważ zrównoważony produkt wywiera mniej negatywny wpływ na innych niż niezrównoważony produkt.
595. Konsumenci mogą na przykład wybrać określony płyn do prania nie dlatego, że lepiej pierze, ale dlatego, że mniej zanieczyszcza wodę. Konsumenci mogą być również gotowi zapłacić wyższą cenę za meble wykonane z drewna produkowanego i pozyskiwanego w sposób zrównoważony nie ze względu na ich lepszą jakość, ale dlatego, że chcą powstrzymać wylesianie i utratę siedlisk przyrodniczych. Podobnie kierowcy mogą decydować się na stosowanie droższego paliwa nie dlatego, że jest ono wyższej jakości i lepsze dla ich pojazdów, ale dlatego, że mniej zanieczyszcza środowisko.
596. W takich okolicznościach doświadczenia konsumentów związane z użytkowaniem produktu nie ulegają bezpośrednio poprawie. Niemniej jednak konsumenci są gotowi zapłacić wyższą cenę za zrównoważony produkt lub ograniczyć swoje możliwości wyboru w zakresie konsumpcji poprzez nieużywanie niezrównoważonego wariantu produktu w interesie społeczeństwa lub przyszłych pokoleń. W związku z tym konsumenci w obrębie rynku właściwego uzyskują pośrednie korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej na podstawie ich osobistej/indywidualnej oceny wpływu na innych, w tym na nieużytkowników spoza rynku właściwego.
597. Konsumenci, którzy są gotowi zapłacić więcej za takie produkty, postrzegają je jako produkty wyższej jakości właśnie ze względu na korzyści dla innych. Dlatego z gospodarczego punktu widzenia takie pośrednie korzyści jakościowe nie różnią się od zwykłych korzyści zwiększających jakość, które zwiększają bezpośrednią wartość użytkową produktu omówioną powyżej w sekcji 9.4.3.1. Takie pośrednie korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej można zmierzyć badając gotowość konsumentów do płacenia, na przykład za pomocą ankiet przeprowadzanych wśród konsumentów.
598. Może istnieć różnica między tym, co konsumenci deklarują jako swoje preferencje, a tym, co wynika z ich zachowań nabywczych. Może to oznaczać, że deklarowane preferencje zawyżają lub, wręcz przeciwnie, zaniżają faktyczne preferencje. Aby wyeliminować tego rodzaju odchylenia związane z hipotetycznymi wyborami w badaniach, należy uwzględnić przydatny i odpowiedni kontekst. Ponadto zadawane pytania mogą wymagać uwzględnienia norm społecznych, wiedzy i zwyczajów konsumentów lub oczekiwań dotyczących zachowania innych osób.

³³⁷ Dla oceny przyrostu wydajności prawdopodobnie większe znaczenie będą miały redukcje kosztów krańcowych lub zmiennych niż redukcje kosztów stałych; w przypadku tych pierwszych istnieje zasadniczo większa szansa, że doprowadzą one do obniżenia cen dla konsumentów.

599. Mówiąc bardziej ogólnie, aby wywiązać się z ciężaru dowodu spoczywającego na stronach porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3, strony muszą przedstawić przekonujące dowody wskazujące rzeczywiste preferencje konsumentów. Strony porozumienia powinny unikać przypisywania konsumentom swoich własnych preferencji.

600. Ocena gotowości konsumentów do płacenia nie wymaga ustalenia gotowości do płacenia każdego indywidualnego konsumenta na rynku właściwym. Do celów badania wystarczy, jeżeli ocena obejmie reprezentatywną część wszystkich konsumentów na rynku właściwym³³⁸.

9.4.3.3. Korzyści zbiorowe

601. W sekcji 9.4.3.2 odniesiono się do indywidualnych korzyści wynikających z wartości pozaużytkowej, które ograniczają się do dobrowolnych (altruistycznych) wyborów poszczególnych konsumentów. Jednak nie wszystkie negatywne efekty zewnętrzne można zniwelować poprzez dobrowolne, indywidualne działania konsumentów. Ponieważ wpływ konsumpcji indywidualnej na zrównoważony rozwój niekoniecznie dotyczy danego konsumenta, ale większej grupy, zinternalizowanie negatywnych efektów zewnętrznych i wytworzenie korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem w odniesieniu do większej grupy społecznej może wymagać działania zbiorowego, takiego jak porozumienie kooperacyjne³³⁹. Konsumentom mogą na przykład nie być skłonni do płacenia wyższej ceny za produkt wytworzony za pomocą technologii, która jest ekologiczna, ale kosztowna. Urzeczywistnienie korzyści związanych z zastosowaniem tej technologii ekologicznej może wymagać zawarcia porozumienia o stopniowym odchodzeniu od technologii zanieczyszczającej środowisko. Korzyści te określa się mianem „korzyści zbiorowych”, ponieważ występują one niezależnie od indywidualnej oceny produktu przez konsumentów i obiektywnie mogą przypaść konsumentom na rynku właściwym, jeśli ci ostatni są częścią większej grupy beneficjentów.

602. Chociaż równoważenie negatywnych skutków z korzyściami wynikającymi z porozumień ograniczających konkurencję odbywa się zwykle w obrębie rynku właściwego, którego dotyczy dane porozumienie, w przypadku dwóch rynków powiązanych można uwzględnić przyrost wydajności osiągnięty na odrębnych rynkach, pod warunkiem że grupa konsumentów, na których ograniczenie ma wpływ i którzy odnoszą korzyści z przyrostu wydajności, jest zasadniczo taka sama³⁴⁰.

603. Analogicznie jeśli konsumenci na rynku właściwym w znacznym stopniu pokrywają się z beneficjentami spoza rynku właściwego lub przynależą do tych beneficjentów, można wziąć pod uwagę korzyści zbiorowe dla konsumentów na rynku właściwym

³³⁸ Wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 72.

³³⁹ Niedoskonałość rynku w takich sytuacjach polega zazwyczaj na tym, że konsumpcja nie zrównoważona powoduje negatywne efekty zewnętrzne dla innych. Te efekty zewnętrzne (takie jak emisje) nie są w pełni internalizowane przez indywidualnych nabywców i dlatego powstają w nadmiarze. Niedoskonałość rynku może również polegać na pozytywnych skutkach zewnętrznych zrównoważonej konsumpcji, które konsumenci wywierają na siebie nawzajem. Wolny rynek wytwarza je w stopniu niedostatecznym zasadniczo z tego samego powodu.

³⁴⁰ Pkt 43 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3; zob. również wyrok z dnia 27 września 2006 r., GlaxoSmithKline Services i in./Komisja, T-168/01, EU:T:2006:265, pkt 248 i 251; wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard Inc., C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 242; decyzja Komisji z dnia 23 maja 2013 r. w sprawie AT.39595 – Continental/United/Lufthansa/Air Canada („STAR alliance”).

występujące poza tym rynkiem, jeśli są one na tyle znaczące, by zrekompensować konsumentom na rynku właściwym poniesioną szkodę³⁴¹.

604. Na przykład kierowcy kupujący mniej zanieczyszczające paliwo są jednocześnie obywatelami, którzy skorzystają z czystsze­go powietrza w przypadku stosowania mniej zanieczyszczającego paliwa. W zakresie, w jakim można stwierdzić znaczne pokrywanie się konsumentów (kierowców w tym przykładzie) z beneficjentami (obywateli), korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem wynikające z czystsze­go powietrza są zasadniczo istotne dla oceny i można je wziąć uwagę, jeśli są wystarczająco znaczące, by zrekompensować konsumentom na rynku właściwym poniesione szkody. Z drugiej strony konsumenci mogą kupować odzież wykonaną ze bawełny wyprodukowanej w sposób zrównoważony, dzięki któremu stosuje się mniej chemikaliów i zużywa się mniej wody na gruntach wykorzystywanych do uprawy tej bawełny. Takie korzyści dla środowiska można by w zasadzie uwzględnić jako korzyści zbiorowe. Zazwyczaj jednak nie istnieje istotne pokrywanie się konsumentów kupujących odzież z beneficjentami tych korzyści dla środowiska, które występują tylko na obszarze uprawy tej bawełny. W związku z tym jest mało prawdopodobne, aby konsumenci na rynku właściwym odczuli te korzyści zbiorowe. W zakresie, w jakim konsumenci są skłonni zapłacić więcej, jeśli ich odzież jest wykonana z bawełny uprawianej w sposób zrównoważony, lokalne korzyści dla środowiska można uwzględnić jako indywidualne korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej w odniesieniu do konsumentów nabywających odzież (zob. sekcja 9.4.3.2).
605. Urzeczywistnienie korzyści zbiorowych często wymaga tego, by porozumienie miało znaczny zasięg rynkowy. Na przykład jeżeli tylko dwóch spośród dziesięciu producentów pralek zgodzi się zrezygnować z produkcji bardziej zanieczyszczających modeli, porozumienie prawdopodobnie nie będzie w stanie zapobiec zjawisku „jazdy na gapę”, a tym samym nie będzie w stanie w wystarczającym stopniu ograniczyć zanieczyszczenia, ponieważ działający we własnym interesie konsumenci mogliby nadal kupować zanieczyszczające modele od jednego lub kilku pozostałych dostawców³⁴².
606. Aby można było uwzględnić korzyści zbiorowe, strony powinny móc:
- a) wyraźnie opisać deklarowane korzyści i przedstawić dowody na to, że korzyści te już powstały lub prawdopodobnie powstaną;
 - b) jasno określić beneficjentów;
 - c) wykazać, że konsumenci na rynku właściwym w znacznym stopniu pokrywają się z beneficjentami lub do nich przynależą, oraz
 - d) wykazać, jaka część korzyści zbiorowych powstających lub mogących powstać poza rynkiem właściwym przypada konsumentom produktu na rynku właściwym.

³⁴¹ Szkoda dla konsumentów może zostać zrekompensowana w formie jednego rodzaju korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem lub kombinacji korzyści indywidualnych i zbiorowych, zob. sekcja 9.4.3.4.

³⁴² W tym przykładzie jednak ze względu na niewystarczający zakres ograniczeniu ulegają nie tylko potencjalne korzyści z porozumienia, lecz także potencjalne szkody dla konkurencji (zasadniczo z tych samych powodów).

607. Szczególną wartość dla przedmiotowej oceny mogą mieć dowody istnienia korzyści zbiorowych oparte na sprawozdaniach organów publicznych lub sprawozdaniach przygotowanych przez uznane instytucje akademickie.
608. W przypadku braku danych umożliwiających analizę ilościową korzyści przewidywany pozytywny wpływ na konsumentów musi być łatwy do wskazania – nie może to być wpływ marginalny. Obecnie nie zebrano jeszcze wielu doświadczeń w zakresie pomiaru i ilościowego określania korzyści zbiorowych. Komisja będzie w stanie udzielić dalszych wskazówek w tej sprawie po zebraniu doświadczeń wyniesionych z konkretnych przypadków, co może pozwolić na opracowanie metod oceny.

9.4.3.4. Wszystkie lub dowolne rodzaje korzyści

609. W każdym przypadku strony porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju mają swobodę w przedstawianiu dowodów i argumentów na poparcie twierdzeń dotyczących każdego z trzech rodzajów korzyści dla konsumentów lub wszystkich rodzajów korzyści. Strony mogą podjąć różne decyzje w zależności od specyfiki przypadku i siły dostępnych dowodów. W niektórych przypadkach do spełnienia warunków określonych w art. 101 ust. 3 wystarczać może wykazanie jedynie indywidualnych korzyści wynikających wartości użytkowej, podczas gdy w innych przypadkach wystarczą indywidualne korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej lub korzyści zbiorowe. W innych przypadkach możliwe jest połączenie dwóch lub wszystkich trzech rodzajów korzyści.

9.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

610. Zgodnie z czwartym warunkiem określonym w art. 101 ust. 3 porozumienie nie może dawać stronom możliwości eliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów. Zasadniczo warunek ten zapewnia, aby na rynku, którego dotyczy porozumienie, zawsze pozostawał pewien poziom konkurencji, niezależnie od zakresu korzyści.
611. Ten ostatni warunek może być spełniony nawet wówczas, gdy porozumienie ograniczające konkurencję obejmuje całą branżę, o ile strony porozumienia nadal będą ze sobą aktywnie konkurować co najmniej w jednym istotnym aspekcie konkurencji. Na przykład jeśli porozumienie eliminuje konkurencję w zakresie jakości lub różnorodności, ale ważnym parametrem konkurencji w danej branży jest również konkurencja cenowa i nie jest ona ograniczona, warunek ten nadal może być spełniony.
612. Ponadto jeśli konkurenci konkurują pod względem szeregu zróżnicowanych produktów, a wszystkie one znajdują się na tym samym rynku właściwym, wyeliminowanie konkurencji w przypadku jednego lub kilku wariantów produktu nie musi oznaczać wyeliminowania konkurencji na całym rynku właściwym.
613. Podobnie jeśli konkurenci zdecydują się nie stosować do wytwarzania swoich produktów określonej technologii zanieczyszczającej środowisko lub określonego składnika niezrównoważonego, ale nadal będą konkurować ceną lub jakością produktu końcowego, to konkurencja między nimi nie zostanie wyeliminowana.
614. W spełnieniu tego warunku nie przeszkodzi również eliminacja konkurencji na określony czas, która nie będzie miała wpływu na rozwój konkurencji po upływie tego okresu. Spełniać ostatni warunek dotyczący konkurencji będzie na przykład porozumienie między konkurentami o czasowym ograniczeniu produkcji jednego wariantu produktu zawierającego składnik niezrównoważony, aby wprowadzić na

rynek jego zrównoważony substytut, którego celem będzie zwiększenie świadomości konsumentów na temat właściwości nowego produktu.

9.5. Zaangażowanie organów publicznych

615. Zaangażowanie organów rządowych lub lokalnych w proces zawierania porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju lub wiedza tych organów o istnieniu takich porozumień nie są same w sobie powodem do uznania takich porozumień za zgodne z regułami konkurencji. Takie zaangażowanie lub wiedza organów publicznych nie zwalniają stron porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju z odpowiedzialności za naruszenie art. 101 ust. 1. Przedsiębiorstwa te nadal podlegają przepisom art. 101 ust. 1, również jeśli działania organów publicznych jedynie zachęcają przedsiębiorstwa do samodzielnych zachowań antykonkurencyjnych lub im to ułatwiają³⁴³.
616. Strony ograniczającego konkurencję porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju nie będą jednak ponosiły odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, jeśli do zawarcia takiego porozumienia zostały zmuszone lub zobowiązane przez organy publiczne lub jeśli organy publiczne wzmacniają skutki takiego porozumienia³⁴⁴.

9.6. Przykłady

617. Porozumienie wykorzystujące wygodną „miękką bezpieczną przystań”

Przykład 1

Sytuacja: Płatki śniadaniowe sprzedaje się w atrakcyjnych kolorowych pudełkach kartonowych. Z biegiem lat pudełka te stały się większe – nie dlatego, że zwiększyła się ich zawartość, ale po to, by wyglądały bardziej atrakcyjnie i obiecująco dla konsumentów. Jest to opłacalna strategia marketingowa, ponieważ konsumenci często kupują płatki śniadaniowe spontanicznie, a większe pudełka stwarzają wrażenie, że jest to lepszy zakup. Ponieważ strategię tę stosowali wszyscy producenci, nie miała ona znaczącego wpływu na ich udziały w rynku. Doprowadziła ona jednak do sytuacji, w której producenci wykorzystują do wytwarzania swoich produktów o ok. 15 % materiału opakowaniowego za dużo.

Organizacja pozarządowa Prevent Waste skrytykowała strategię „pustych opakowań” stosowaną przez producentów płatków śniadaniowych jako marnotrawną i szkodliwą dla środowiska, ponieważ zużywa się przez to więcej zasobów naturalnych, niż jest to konieczne do efektywnej produkcji i dystrybucji tych produktów. W odpowiedzi producenci płatków śniadaniowych, zrzeszeni w swoich organizacjach handlowych, zgodzili się wprowadzić ograniczenia w kwestii nadmiernego rozmiaru opakowań swoich produktów. Wspólnie postanowili ograniczyć ten nadmiar do nie więcej niż 3 %, tak aby pudełka z płatkami śniadaniowymi nadal były łatwe w użyciu, i podali swoją decyzję do wiadomości publicznej. Producenci wdrożyli porozumienie wraz z początkiem roku i obejmuje ono 100 % rynku. W rezultacie koszty opakowań, które stanowią 6 % ceny hurtowej, spadły o ok. 10 %. Doprowadziło to do spadku ceny hurtowej płatków śniadaniowych o ok. 0,5 % oraz do spadku ceny detalicznej o 0–0,5 %.

³⁴³ Wyrok z dnia 9 września 2003 r., CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, pkt 56.

³⁴⁴ Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, pkt 38; wyrok z dnia 5 grudnia 2006 r., Cipolla i in., C-94/04, EU:C:2006:758, pkt 47.

Analiza: Konkurenci porozumieli się w kwestii elementu, który ma wpływ na cenę produktu, ale zrobili to w sposób przejrzysty, umożliwiając wszystkim dobrowolne przyjęcie tego podejścia. Nie doszło do wymiany informacji szczególnie chronionych, a monitorowanie przestrzegania decyzji jest łatwe. Ponadto producenci płatków śniadaniowych mogą jeszcze bardziej zmniejszyć wielkość opakowania, jeśli sobie tego zażyczą. Co więcej, porozumienie w sprawie ograniczenia nadmiernego rozmiaru opakowań ma bardzo niewielki, a nawet obniżający wpływ na cenę płatków śniadaniowych, nie wpływa na konkurencję między producentami płatków w odniesieniu do głównych parametrów, takich jak cena, jakość i innowacyjność, a także w bardzo ograniczonym stopniu wpływa na konkurencję w zakresie wprowadzania do obrotu (z uwagi na ewidentnie niewielki efekt strategii „nadmiernego powiększania” pudełek). Porozumienie spełnia zatem warunki „bezpiecznej przystani”, a zatem nie narusza art. 101 ust. 1. Porozumienie przynosi wręcz korzyści konsumentom, eliminując kosztowne strategie nadmiernego rozmiaru opakowań, które mają niewielki wpływ na konkurencję.

618. Porozumienie niemające znaczącego wpływu na konkurencję

Przykład 2

Sytuacja: Fair Tropical Fruits, organizacja pozarządowa, utworzyła wraz z kilkoma przedsiębiorstwami zajmującymi się handlem owocami oznaczenie owoców tropikalnych pochodzących ze sprawiedliwego handlu (oznaczenie „FTF”). Aby móc używać tego oznaczenia, przedsiębiorstwa handlujące owocami tropikalnymi muszą zagwarantować, że dane owoce pochodzą z gospodarstw, w których przestrzega się określonych minimalnych warunków w zakresie bezpiecznego stosowania pestycydów. Przedsiębiorstwa te mogą wykorzystywać w handlu owocami również inne oznaczenia. Organizacja Fair Tropical Fruits stworzyła system monitorowania, którego celem jest poświadczanie, że produkty sprzedawane z oznaczeniem FTF spełniają warunki minimalne. Warunki uczestnictwa oraz sposób i rezultaty działania systemu monitorowania są dostępne na stronie internetowej Fair Tropical Fruits. Owoce sprzedawane z oznaczeniem FTF są droższe niż inne owoce tropikalne będące przedmiotem handlu.

Oznaczenie FTF wprowadzono w całej UE i korzysta z niego wielu dużych handlowców, którzy podpisali porozumienie o przestrzeganiu warunków minimalnych wymaganych do stosowania oznaczenia. Oznaczenie to szybko zyskało popularność wśród niektórych konsumentów. W zależności od rodzaju owoców tropikalnych i danego rynku geograficznego, udział w rynku owoców sprzedawanych w UE z tym oznaczeniem wynosi obecnie od 2,6 % w przypadku ananasów do 14,7 % w przypadku mango. Pozostałą część rynku zaopatrują bez oznaczenia ci sami handlowcy oraz inni handlowcy, którzy nie są stronami porozumienia.

Analiza: Wyższa cena owoców sprzedawanych z oznaczeniem FTF może wymagać oceny skutków porozumienia. Biorąc jednak pod uwagę niewielki udział produktów objętych porozumieniem w różnych rynkach w UE, znaczący udział w rynku produktów z innymi oznaczeniami i bez oznaczeń oraz konkurencję z ich strony, a także fakt, że stosowanie oznaczenia FTF jest dobrowolne i niewyłączne oraz że pozwolenie na używanie oznaczenia jest uzależnione jedynie od przestrzegania pewnych warunków minimalnych, jest mało prawdopodobne, by porozumienia w sprawie utworzenia oznaczenia i wydawania pozwoleń na jego stosowanie prowadziły do znaczących skutków negatywnych. Porozumienia te nie naruszają zatem art. 101 ust. 1. Porozumienia mogą wręcz dać konsumentom większy wybór,

umożliwiają im zidentyfikowanie produktów, które spełniają warunki dotyczące „sprawiedliwego handlu”.

619. Porozumienie, co do którego jest mało prawdopodobne, że ograniczy konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 lub prawdopodobnie spełni warunek określony w art. 101 ust. 3.

Przykład 3

Sytuacja: Na podstawie wyników badania dotyczącego zalecanych poziomów tłuszczu w niektórych przetworzonych środkach spożywczych, przeprowadzonego przez ośrodek analityczny finansowany przez rząd w jednym z państw członkowskich kilku większych producentów przetworzonych środków spożywczych działających w tym państwie członkowskim uzgodniło, w drodze oficjalnych rozmów na forum branżowego stowarzyszenia handlowego, że ustanowią zalecane poziomy tłuszczu w produktach. Strony reprezentują łącznie 70 % sprzedaży produktów w państwie członkowskim. Inicjatywa stron będzie wspierana poprzez krajową kampanię reklamową, finansowaną przez ośrodek analityczny, podkreślającą zagrożenia wynikające z wysokiej zawartości tłuszczu w przetworzonych środkach spożywczych.

Analiza: Chociaż poziomy tłuszczu są zaleceniami, a więc są dobrowolne, w wyniku dużego rozgłosu, związanego z krajową kampanią reklamową, zalecane poziomy tłuszczu prawdopodobnie zostaną wdrożone przez wszystkich producentów przetworzonych środków spożywczych w państwie członkowskim. Prawdopodobnie staną się one w ten sposób de facto maksymalnymi poziomami tłuszczu w przetworzonych środkach spożywczych. Wybór konsumenta na rynkach produktowych mógłby zostać tym samym ograniczony. Strony będą jednak mogły dalej konkurować w odniesieniu do wielu innych cech produktów, takich jak cena, rozmiar produktu, jakość, smak, zawartość innych składników odżywczych i soli, zrównoważony skład oraz marka. Ponadto konkurencja w odniesieniu do poziomów tłuszczu w ofercie produktów może wzrosnąć w przypadkach, w których strony będą dążyć do oferowania produktów o najniższej zawartości tłuszczu. Jest zatem mało prawdopodobne, że porozumienie wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Jednak nawet jeżeli porozumienie zostanie uznane za wywierające znaczący negatywny wpływ na konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 – ponieważ konsumenci są pozbawieni możliwości wyboru żywności o wysokim poziomie tłuszczu – korzyści dla konsumentów wynikające z otrzymania wartościowych informacji i pozytywnych skutków dla zdrowia prawdopodobnie przewyższą szkodę, a porozumienie prawdopodobnie spełni warunki określone w art. 101 ust. 3.

620. Porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 i niespełniające warunków określonych w art. 101 ust. 3.

Przykład 4

Sytuacja: Wszyscy najwięksi producenci mebli na pewnym rynku uzgodnili wprowadzenie oznaczenia „zielonego drzewa” dla mebli wykonanych z drewna pochodzącego ze źródeł zrównoważonych. Obecnie prawo nie nakłada żadnych norm w zakresie zrównoważonego rozwoju w odniesieniu do drewna. Strony uzgodniły, że w ciągu 3 lat wprowadzą nową normę, zgodnie z którą co najmniej 30 % drewna wykorzystywanego do produkcji mebli powinno pochodzić ze zrównoważonej uprawy. Po upływie tego okresu wszystkie meble produkowane przez strony porozumienia mają spełniać uzgodnioną normę i będą opatrzone oznaczeniem

„zielone drzewo”. Strony mają możliwość produkowania mebli zgodnie z jeszcze bardziej rygorystycznymi normami, stosując inne oznaczenia. Niektórzy z producentów już to robią. Uzgodniona norma zrównoważonego rozwoju spowalnia, ale nie zatrzymuje procesu kurczenia się obszarów leśnych i degradacji ich różnorodności biologicznej. Z tego powodu organizacje pozarządowe skrytykowały to oznaczenie jako niewystarczające i spóźnione.

Producenci mebli będący stronami porozumienia posiadają łącznie 85 % udziału w rynku. Obecnie około 80 % całkowitej sprzedaży stron porozumienia stanowią meble wykonane z drewna, które nie pochodzi ze zrównoważonej uprawy, ani nie jest pozyskiwane w sposób zrównoważony. Pozostałe 15 % rynku należy do mniejszych producentów, którzy sprzedają swoje produkty pod innymi oznaczeniami w zakresie zrównoważonego rozwoju. W badaniach zleconych przez producentów mebli konsultantom zewnętrznym oszacowano, że przestrzeganie normy oznaczenia „zielone drzewo” spowoduje wzrost kosztu drewna średnio o 40 %, a to z kolei zwiększy koszt produkcji mebli, których głównym składnikiem jest drewno, średnio o 20 %. Koszty produkcji stanowią średnio 60 % ceny końcowej, a pozostałe 40 % to koszty dystrybucji. Można się spodziewać, że wzrost ceny końcowej mebli wyniesie średnio 12 %.

Z opublikowanego odrębnie innego badania wynika, że konsumenci są skłonni zapłacić średnio 5 % więcej za meble wyprodukowane zgodnie z normą „zielonego drzewa” w porównaniu z meblami z drewna pochodzącego ze źródeł niezrównoważonych. Badanie oparto na zebraniu od konsumentów informacji na temat ich gotowości do płacenia za meble wykonane z drewna spełniającego normę „zielonego drzewa” oraz na eksperymencie w zakresie wyboru obejmującym różne możliwości zakupu mebli o różnych standardach i w różnych cenach.

Analiza: Porozumienie prawdopodobnie narusza art. 101 ust. 1 ze względu na zasięg rynkowy porozumienia i znaczny wzrost cen. Jest mało prawdopodobne, by ewentualny przyrost wydajności – w postaci pozyskiwania drewna w sposób bardziej zrównoważony i z bardziej zrównoważonych upraw – przyniósł konsumentom korzyści przewyższające spodziewany wzrost cen: z badania gotowości konsumentów do płacenia wynika, że w uśrednieniu konsumenci znacznie niżej wyceniają poprawę warunków dotyczących zrównoważonego rozwoju (na poziomie 5 % ceny końcowej) niż spodziewany wzrost cen o 12 %. Ponadto wydaje się mało prawdopodobne, że porozumienie jest niezbędne do podniesienia norm w zakresie zrównoważonego rozwoju dotyczących uprawy drzew do produkcji drewna. Świadczy o tym fakt, że niektóre strony porozumienia oraz inni producenci mebli już stosują wyższe normy i oznaczenia o wyższych wymogach. Innymi słowy nie jest jasne, dlaczego porozumienie jest niezbędne do podniesienia norm w zakresie zrównoważonego rozwoju i dlaczego indywidualne działania poszczególnych producentów mebli nie pozwoliłyby im na zaostrenie norm w podobny sposób lub – w wyniku presji konkurencyjnej – w jeszcze większym stopniu. Porozumienie nie spełnia zatem co najmniej dwóch warunków określonych w art. 101 ust. 3, a tym samym nie można zastosować wyjątku od zakazu przewidzianego w art. 101 ust. 1.

621. Porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 i spełniające warunki określone w art. 101 ust. 3.

Przykłady: 5

Producenci pralek wytwarzają obecnie szereg różnych urządzeń – od najnowszych modeli, które są bardziej zaawansowane technicznie, po starsze modele, które są

mniej zaawansowane technicznie. Starsze, mniej zaawansowane modele zużywają więcej energii elektrycznej i wody, ale są tańsze w produkcji i sprzedaje się je po niższych cenach niż nowsze i bardziej zaawansowane technicznie modele. Zgodnie z unijnymi przepisami wszystkie modele są klasyfikowane w ośmiu kategoriach efektywności energetycznej, od A do H, i odpowiednio oznakowane.

Innowacje w tej branży koncentrują się na dalszej poprawie efektywności energetycznej nowych modeli. Producenci pralek uważają jednak, że powinni próbować zmniejszać zużycie energii przez ich urządzenia w inny sposób. Dlatego uzgodnili stopniowe wycofywanie z produkcji i sprzedaży pralek kategorii F–H, czyli modeli starszych i najmniej efektywnych energetycznie. Te starsze modele charakteryzują się również najmniejszą oszczędnością pod względem zużycia wody.

Porozumienie obejmuje wszystkich producentów, a zatem obejmuje prawie 100 % rynku. Przewiduje ono stopniowe odejście od produkcji i sprzedaży pralek z kategorii F–H w ciągu dwóch lat. Modele te stanowią obecnie około 35 % całej sprzedaży na rynku. Chociaż wszyscy producenci, którzy zawarli porozumienie, już produkują modele z kategorii A–E, a zatem żaden z nich nie straci całej swojej obecnej sprzedaży, to jednak każdy z producentów odczuje skutki w innym stopniu w zależności od tego, jakie modele oferuje obecnie. Jest więc prawdopodobne, że konkurencja między producentami ulegnie zakłóceniu. Ponadto stopniowe wycofywanie kategorii F–H ograniczy wybór pralek dostępnych dla konsumentów i spowoduje wzrost średniego kosztu zakupu. Dla przeciętnego nabywcy pralki z kategorii F–H cena pralki wzrośnie o 40–70 EUR.

Przed wprowadzeniem w życie porozumienia w sprawie stopniowego wycofywania pralek o kategorii F–H branża próbowała przenieść popyt na inne pralki za pomocą kampanii reklamowych. W ramach badań ustalono, że niepowodzenie tych kampanii wynika stąd, że wielu konsumentów ma trudności z zestawieniem pozytywnego wpływu przyszłego obniżenia rachunków za energię elektryczną i wodę z negatywnym wpływem natychmiastowego wzrostu ceny zakupu urządzenia.

Z badań wynika również, że nabywcy pralek w rzeczywistości odnoszą znaczne korzyści ze stopniowego wycofywania kategorii F–H. W przypadku przeciętnego nabywcy pralki wzrost ceny zakupu zwróci się w ciągu jednego do dwóch lat dzięki niższym kosztom energii elektrycznej i wody. W przypadku przeważającej większości konsumentów – w tym tych, którzy rzadziej korzystają z pralki – wzrost ceny zakupu zwróci się w ciągu czterech lat. Biorąc pod uwagę, że średni okres przewidywanej żywotności urządzeń z kategorii A–E wynosi co najmniej pięć lat, konsumenci jako grupa odnoszą korzyści z porozumienia. Ta korzyść netto dla wszystkich użytkowników pralek jest jeszcze większa dzięki korzyściom dla środowiska wynikającym ze zbiorowego ograniczenia zużycia energii elektrycznej i wody. Ograniczenie zużycia energii elektrycznej prowadzi do mniejszej ilości zanieczyszczeń będących efektem wytwarzania energii elektrycznej, co przynosi korzyści konsumentom w zakresie, w jakim niedoskonałość rynku związana z zanieczyszczeniami nie została już wyeliminowana przez inne instrumenty regulacyjne (np. unijny system handlu uprawnieniami do emisji, który nakłada ograniczenia na emisję dwutlenku węgla). Ograniczenie zużycia wody prowadzi do mniejszego zanieczyszczenia wody. Ponieważ użytkownicy pralek stanowią przeważającą większość populacji, konsumenci na rynku właściwym, na których porozumienie ma wpływ, odczuwają część tych korzyści dla środowiska.

Analiza: Chociaż porozumienie prawdopodobnie będzie miało znaczące negatywne skutki i będzie naruszało art. 101 ust. 1, prawdopodobnie będzie jednak spełniało warunki określone w art. 101 ust. 3. W szczególności: (i) w wyniku porozumienia przeciętna pralka stanie się bardziej energooszczędna i wodooszczędna; (ii) nie można było tego efektu osiągnąć za pomocą mniej ograniczającego porozumienia, na przykład za pomocą wspólnej kampanii reklamowej lub oznaczenia; (iii) konsumenci na rynku właściwym odnoszą ogólne korzyści w wyniku powstania indywidualnych korzyści ekonomicznych i zbiorowych korzyści dla środowiska oraz (iv) konkurencja nie zostanie wyeliminowana, ponieważ porozumienie wpływa jedynie na wielkość asortymentu oferowanych modeli – jeden z parametrów konkurencji – a nie na inne parametry, które mogą być i są przedmiotem konkurencji.