

IV

*(Informacje)*INFORMACJE INSTYTUCJI, ORGANÓW I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH
UNII EUROPEJSKIEJ

KOMISJA EUROPEJSKA

KOMUNIKAT KOMISJI

**Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do
horyzontalnych porozumień kooperacyjnych****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2011/C 11/01)

SPIS TREŚCI

1.	Wprowadzenie	4
1.1.	Cel i zakres	4
1.2.	Podstawowe zasady oceny na podstawie art. 101	7
1.2.1.	Artykuł 101 ust. 1	8
1.2.2.	Artykuł 101 ust. 3	11
1.3.	Struktura niniejszych wytycznych	12
2.	Ogólne zasady oceny wymiany informacji pod kątem konkurencji	13
2.1.	Definicja i zakres	13
2.2.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	15
2.2.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	15
2.2.2.	Ograniczenie konkurencji ze względu na cel	16
2.2.3.	Skutki ograniczające konkurencję	16
2.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	21
2.3.1.	Przyrost wydajności	21
2.3.2.	Konieczność 1	22
2.3.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	22
2.3.4.	Nieeliminowanie konkurencji	23
2.4.	Przykłady	23
3.	Porozumienia badawczo-rozwojowe	26
3.1.	Definicja	26
3.2.	Rynki właściwe	26

3.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	28
3.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	28
3.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	29
3.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję	29
3.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	31
3.4.1.	Przyrost wydajności	31
3.4.2.	Konieczność	31
3.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	31
3.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	31
3.4.5.	Czas przeprowadzania oceny	31
3.5.	Przykłady	32
4.	Porozumienia produkcyjne	35
4.1.	Definicja i zakres	35
4.2.	Rynki właściwe	36
4.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	36
4.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	36
4.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	36
4.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję	37
4.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	39
4.4.1.	Przyrost wydajności	39
4.4.2.	Konieczność	40
4.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	40
4.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	40
4.5.	Przykłady	40
5.	Porozumienia o zakupach	44
5.1.	Definicja	44
5.2.	Rynki właściwe	44
5.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	45
5.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	45
5.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	45
5.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję	45
5.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	46
5.4.1.	Przyrost wydajności	46
5.4.2.	Konieczność	47
5.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	47
5.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	47
5.5.	Przykłady	47
6.	Porozumienia o komercjalizacji	49
6.1.	Definicja	49
6.2.	Rynki właściwe	49

6.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	50
6.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	50
6.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	50
6.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję	50
6.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	52
6.4.1.	Przyrost wydajności	52
6.4.2.	Konieczność	52
6.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	52
6.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	52
6.5.	Przykłady	52
7.	Porozumienia standaryzacyjne	55
7.1.	Definicja	55
7.2.	Rynki właściwe	56
7.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	56
7.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	56
7.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	58
7.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję	59
7.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	64
7.4.1.	Przyrost wydajności	64
7.4.2.	Konieczność	65
7.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	66
7.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	66
7.5.	Przykłady	66

1. WPROWADZENIE

1.1. Cel i zakres

1. W niniejszych wytycznych zawarto zasady dokonywania – na podstawie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (*) („art. 101”) – oceny porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych (razem zwanych „porozumieniami”) dotyczących współpracy horyzontalnej. Współpraca ma „charakter horyzontalny”, jeżeli stronami porozumienia są faktyczni lub potencjalni konkurenci. Dodatkowo wytyczne te obejmują także horyzontalne porozumienia kooperacyjne pomiędzy stronami niebędącymi konkurentami, np. pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami, które prowadzą działalność na tych samych rynkach produkcyjnych, ale na różnych rynkach geograficznych, i nie są potencjalnymi konkurentami.
2. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą prowadzić do uzyskania znaczących korzyści gospodarczych, 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*, zwiększenie jakości i różnorodności produktów oraz szybsze wprowadzanie innowacji na rynek.
3. Z drugiej strony horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą prowadzić do powstania problemów w dziedzinie konkurencji. Tak dzieje się na przykład w przypadku, gdy strony podejmują decyzję o ustalaniu cen lub produkcji czy też o podziale rynków, lub gdy współpraca pozwala stronom utrzymywać, pozyskiwać lub zwiększać władzę rynkową i tym samym może wywierać negatywny wpływ na rynek w odniesieniu do cen, produkcji, różnorodności i jakości produktów lub innowacji.
4. Uznając korzyści, jakie mogą wynikać z horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Komisja musi zapewnić utrzymanie skutecznej konkurencji. W art. 101 zawarto ramy prawne dla dokonywania wyważonej oceny uwzględniającej zarówno skutki ograniczające konkurencję, jak i skutki prokonkurencyjne.
5. Celem niniejszych wytycznych jest przedstawienie analitycznych ram dla najczęściej spotykanych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych; dotyczą one porozumień badawczo-rozwojowych, porozumień produkcyjnych, w tym porozumień o podwykonawstwie i porozumień specjalizacyjnych, porozumień o zakupach, porozumień o komercjalizacji, porozumień standaryzacyjnych, w tym umów standardowych, a także wymiany informacji. Ramy te zasadniczo opierają się na kryteriach prawnych i gospodarczych ułatwiających analizę porozumienia kooperacyjnego oraz kontekstu, w którym porozumienie to występuje. Kryteria ekonomiczne, takie jak władza rynkowa stron i inne czynniki związane ze strukturą rynku, są kluczowym elementem oceny wpływu na rynek, jaki może mieć dane horyzontalne porozumienie kooperacyjne, i w związku z tym kluczowym elementem oceny dokonywanej na podstawie art. 101.
6. 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 przedsiębiorstw ⁽¹⁾ (rozporządzenie w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), takich jak na przykład utworzenie wspólnego przedsiębiorcy pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego („wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji”) ⁽²⁾.

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

⁽¹⁾ Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1.

⁽²⁾ 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 samodzielnym 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).

7. Zważywszy na znaczną potencjalną różnorodność rodzajów i kombinacji współpracy horyzontalnej oraz okoliczności rynkowych, w których współpraca ta jest prowadzona, trudno jest przedstawić konkretne rozwiązania każdego potencjalnego problemu. Niniejsze wytyczne będą służyły pomocą przedsiębiorstwom w ocenie zgodności poszczególnych porozumień kooperacyjnych z art. 101. Kryteria te nie stanowią jednak „listy kontrolnej”, którą można było by stosować mechanicznie. Każdy przypadek należy ocenić na podstawie związanych z nim faktów, które mogą wymagać elastycznego stosowania niniejszych wytycznych.
8. Kryteria przedstawione w niniejszych wytycznych stosuje się do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych dotyczących zarówno towarów, jak i usług (zbiorczo zwanych „produktami”). Niniejsze wytyczne uzupełniają rozporządzenie Komisji (UE) nr [...] z dnia [...] w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych ⁽¹⁾ („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych”) i rozporządzenie Komisji (UE) nr [...] z dnia [...] w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych ⁽²⁾ („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych”).
9. Chociaż w niniejszych wytycznych znajdują się pewne 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.
10. Stosowane w niniejszych wytycznych pojęcie „konkurencji” obejmuje zarówno konkurentów rzeczywistych, jak i potencjalnych. Dwa przedsiębiorstwa traktowane są jako rzeczywisti konkurenci, jeżeli działają na tym samym rynku właściwym. Przedsiębiorstwo traktowane jest jako potencjalny konkurent innego przedsiębiorstwa, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że – przy braku porozumienia – to pierwsze przedsiębiorstwo w przypadku niewielkiego, ale trwałego wzrostu cen względnych przeprowadziłoby w krótkim czasie ⁽³⁾ 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 wystarczająco obiektywnych podstawach, nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek (zob. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów wspólnotowego prawa konkurencji ⁽⁴⁾ („obwieszczenie w sprawie definicji rynku”).
11. Przedsiębiorstw stanowiących część tego samego „przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 101 ust. 1 nie uważa się do celów niniejszych wytycznych za konkurentów. Artykuł 101 stosuje się wyłącznie do porozumień pomiędzy niezależnymi przedsiębiorstwami. Gdy jedno przedsiębiorstwo wywiera decydujący wpływ na inne przedsiębiorstwo, stanowią one jeden podmiot gospodarczy i w związku z tym są częścią tego samego przedsiębiorstwa ⁽⁵⁾. Taka sama sytuacja zachodzi w przypadku spółek siostrzanych, tj. spółek, na które decydujący wpływ wywiera ta sama spółka dominująca. Konsekwentnie nie uznaje się ich za konkurentów, nawet jeżeli obie takie spółki prowadzą działalność na tych samych rynkach produktowych i geograficznych.
12. Porozumienia zawierane między przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach produkcji lub dystrybucji, tzn. porozumienia wertykalne, są zasadniczo uregulowane w rozporządzeniu Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu

⁽¹⁾ Dz.U. L [...] z [...], [...].

⁽²⁾ Dz.U. L [...] z [...], [...].

⁽³⁾ Definicja „krótkiego czasu” zależy od okoliczności sprawy, jej kontekstu prawnego i ekonomicznego, a zwłaszcza od tego, czy dane przedsiębiorstwo jest stroną porozumienia czy osobą trzecią. W pierwszym przypadku, tj. gdy przedmiotem analizy jest kwestia, czy stroną porozumienia należy uznać za potencjalnego konkurenta drugiej strony, „krótkim czasem” dla Komisji byłby czas dłuższy niż w drugim przypadku, tj. gdy przedmiotem analizy jest zdolność osoby trzeciej do wywierania presji na strony porozumienia. Aby osoba trzecia mogła być uznana za potencjalnego konkurenta, wejście na rynek musi nastąpić na tyle szybko, aby zagrożenie wejściem na rynek stanowiło presję konkurencyjną na strony porozumienia oraz innych uczestników rynku. Z powyższych względów w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych i rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych za „krótki czas” uznano okres nieprzekraczający trzech lat.

⁽⁴⁾ Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5, pkt 24; zob. również trzynasty raport Komisji w sprawie polityki konkurencji, pkt 55 oraz decyzja Komisji w sprawie nr IV/32.009 - *Elopak/Metal Box-Odin*, Dz.U. L 209 z 8.8.1990, s. 15.

⁽⁵⁾ Zob. np. sprawa C-73/95, *Viho*, Rec. 1996, s. I-5457, pkt 51. W przypadku spółek zależnych stanowiących w całości własność przedsiębiorstw dominujących można założyć, że takie przedsiębiorstwo dominujące wywiera decydujący wpływ na sposób prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwo zależne; zob. np. sprawa 107/82, *AEG*, Rec. 1983, s. 3151, pkt 50; sprawa C-286/98 P, *Stora*, Rec. 2000, s. I-9925, pkt 29; lub sprawa C-97/08 P, *Akzo*, Zb.Orz. 2009, s. I-8237, pkt 60 i nast.

o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych⁽¹⁾ („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych”) oraz w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁽²⁾. 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 objęte są zakresem niniejszych wytycznych⁽³⁾. Jeżeli zaistnieje potrzeba oceny takich porozumień także na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych oraz wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, zostanie ona wyraźnie wskazana w odpowiednim rozdziale niniejszych wytycznych. W przypadku braku takiego odniesienia do porozumień wertykalnych między konkurentami stosuje się jedynie poniższe wytyczne.

13. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą łączyć różne etapy współpracy, na przykład prace badawczo-rozwojowe z produkcją lub z komercjalizacją ich wyników. Niniejsze wytyczne zasadniczo obejmują również takie porozumienia. Korzystając z niniejszych wytycznych do analizy takiej zintegrowanej współpracy, należy, co do zasady, uwzględnić wszystkie rozdziały dotyczące różnych obszarów współpracy. Jeśli jednak odpowiednie rozdziały niniejszych wytycznych będą zawierać stopniowane informacje, na przykład w odniesieniu do obszarów bezpieczeństwa, lub jeśli dane zachowanie będzie zwykle uznawane za ograniczenie konkurencji ze względu na cel lub skutek, zasady ustanowione w rozdziale odnoszącej się do danego obszaru zintegrowanej współpracy, który można uznać za jej „środek ciężkości”, obowiązują dla całej współpracy⁽⁴⁾.
14. Szczególnie istotne znaczenie dla ustalenia środka ciężkości zintegrowanej współpracy mają dwa następujące czynniki: moment rozpoczęcia współpracy oraz stopień zintegrowania różnych funkcji, które są połączone. Przykładowo środkiem ciężkości horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego obejmującego zarówno wspólne prace badawczo-rozwojowe, jak i wspólną produkcję wyników byłyby wspólne prace badawczo-rozwojowe, jako że wspólna produkcja będzie miała miejsce wyłącznie w przypadku pomyślnego przeprowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych. Oznacza to, że wyniki wspólnych prac badawczo-rozwojowych mają decydujące znaczenie dla późniejszej wspólnej produkcji. Ocena środka ciężkości uległaby zmianie, jeżeli strony zaangażowałyby się we wspólną produkcję w każdym przypadku, tj. niezależnie od wspólnych prac badawczo-rozwojowych lub gdyby porozumienie przewidywało pełną integrację w obszarze produkcji i jedynie częściową integrację niektórych prac badawczo-rozwojowych. W takim przypadku środkiem ciężkości współpracy byłaby wspólna produkcja.
15. Artykuł 101 stosuje się jedynie do tych horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, które mogą wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Dlatego też zasady dotyczące stosowania art. 101 ustanowione w niniejszych wytycznych opierają się na założeniu, że horyzontalne porozumienie kooperacyjne może mieć znaczący wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi.
16. Ocena na podstawie art. 101 przedstawiona w niniejszych wytycznych nie wyklucza możliwości ewentualnego równoległego stosowania art. 102 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych⁽⁵⁾.
17. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wykładni, jaka może zostać dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do stosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych.

⁽¹⁾ Dz.U. L 102 z 23.4.2010, s. 1.

⁽²⁾ Dz.U. C 130 z 19.5.2010, s. 1.

⁽³⁾ 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 szczeblach obrotu, natomiast nabywca dostarcza swoje towary i świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu, na którym nabywa usługi będące przedmiotem porozumienia. Takie porozumienia ocenia się wyłącznie na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych oraz wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (zob. art. 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych).

⁽⁴⁾ Należy zauważyć, że test ten odnosi się jedynie do relacji między różnymi rozdziałami niniejszych wytycznych, a nie relacji między różnymi rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych. Zakres rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych definiują jego przepisy.

⁽⁵⁾ Zob. sprawa T-51/89, *Tetra Pak I*, Rec. 1990, s. II-309, pkt. 25 i nast. oraz wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz.U. C 45 z 24.2.2009, s. 7 („wytyczne w sprawie art. 102 Traktatu”).

18. Niniejsze wytyczne zastępują wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych⁽¹⁾, opublikowane przez Komisję w 2001 r., i nie mają zastosowania w takim zakresie, w jakim stosuje się zasady sektorowe, jak ma to miejsce w przypadku niektórych porozumień dotyczących rolnictwa⁽²⁾, transportu⁽³⁾ lub ubezpieczeń⁽⁴⁾. Komisja będzie nadal monitorowała funkcjonowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych i rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych oraz niniejszych wytycznych w oparciu o informacje rynkowe pochodzące od zainteresowanych podmiotów i krajowych organów ds. konkurencji, i może zmienić niniejsze wytyczne w związku z przyszłym rozwojem sytuacji i jej zmieniającą się oceną.
19. Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu⁽⁵⁾ („ogólne wytyczne”) zawierają ogólne wskazówki na temat interpretacji art. 101. Dlatego też niniejsze wytyczne należy odczytywać w związku z ogólnymi wytycznymi.

1.2. Podstawowe zasady oceny na podstawie art. 101

20. 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 potencjalne⁽⁶⁾ skutki ograniczające konkurencję. 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 konkurencję⁽⁷⁾. Ważenie ograniczających konkurencję i prokonkurencyjnych skutków danego porozumienia odbywa się wyłącznie w ramach określonych w art. 101 ust. 3⁽⁸⁾. W przypadku gdy skutki prokonkurencyjne nie przeważają nad ograniczeniem konkurencji, zgodnie z art. 101 ust. 2 porozumienie staje się nieważne z mocy prawa.
21. Analiza horyzontalnych porozumień kooperacyjnych ma pewne elementy wspólne z analizą horyzontalnych połączeń przedsiębiorstw, istotne z punktu widzenia potencjalnych skutków ograniczających konkurencję, w szczególności w odniesieniu do wspólnych przedsiębiorców. Niejednokrotnie trudno jest odróżnić wspólnych przedsiębiorców o pełnym zakresie funkcji objętych zakresem rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw od wspólnych przedsiębiorców o niepełnym zakresie funkcji, których ocenia się na podstawie art. 101. Skutki ich działań mogą być dość podobne.
22. W niektórych przypadkach organy publiczne zachęcają przedsiębiorstwa do zawierania horyzontalnych porozumień kooperacyjnych dla osiągnięcia celu związanego z danym obszarem polityki publicznej w drodze samoregulacji. Jeżeli jednak prawo krajowe tylko zachęca przedsiębiorstwa do

(1) Dz.U. C 3 z 6.1.2001, s. 2. Niniejsze wytyczne, w odróżnieniu od poprzednich, nie zawierają odrębnej sekcji poświęconej porozumieniom dotyczącym ochrony środowiska. Ustanawianie norm w sektorze środowiska, które poprzednio stanowiło główny temat sekcji poświęconej porozumieniom dotyczącym ochrony środowiska, lepiej przedstawiono w sekcji standaryzacyjnej niniejszych wytycznych. Zasadniczo, w zależności od problemów związanych z konkurencją wynikających z porozumień dotyczących ochrony środowiska, należy przeprowadzać ich ocenę w oparciu o odpowiednie sekcje niniejszych wytycznych, czy to sekcję dotyczącą porozumień badawczo-rozwojowych, o produkcji, komercjalizacji czy to sekcję dotyczącą porozumień standaryzacyjnych.

(2) 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.

(3) 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; rozporządzenie Komisji (WE) nr 823/2000 z dnia 19 kwietnia 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych między towarzystwami żeglugi liniowej (konsorcja), Dz.U. L 100 z 20.4.2000, s. 24, Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do sektora usług transportu morskiego, Dz.U. C 245 z 26.9.2008, s. 2.

(4) Rozporządzenie Komisji (UE) nr 267/2010 z dnia 24 marca 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym, Dz.U. L 83 z 31.3.2010, s. 1.

(5) Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

(6) Artykuł 101 ust. 1 zakazuje występowania zarówno faktycznych, jak i potencjalnych skutków antykonkurencyjnych; zob. np. sprawa C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, s. I-3111, pkt 77; sprawa C-238/05, *Asnef-Equifax*, Zb.Orz. 2006, s. I-11125, pkt 50.

(7) Zob. sprawy połączone C-501/06 P i in., *GlaxoSmithKline*, Zb.Orz. 2009, I-9291, pkt 95.

(8) Zob. sprawa T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Rec. 2003, s. II-4653, pkt 107; sprawa T-112/99, *Métropole télévision (M6) i inni*, Rec. 2001, s. II-2459, pkt 74; sprawa T-328/03, *O2*, Zb.Orz. 2006, s. II-1231, pkt. 69 i nast., w której Sąd uznał, że aspekty prokonkurencyjne i antykonkurencyjne danego ograniczenia można rozważać wyłącznie w ścisłych ramach art. 101 ust. 3.

podjęcia samodzielnych zachowań antykonkurencyjnych lub ułatwia im to, przedsiębiorstwa podlegają w dalszym ciągu art. 101⁽¹⁾. Innymi słowy, fakt, że organy publiczne zachęcają do zawierania horyzontalnych porozumień kooperacyjnych nie oznacza, że jest to dopuszczalne na podstawie art. 101⁽²⁾. Jedynie wówczas, gdy prawodawstwo krajowe nakłada na przedsiębiorstwa wymóg zachowania antykonkurencyjnego lub gdy stwarza ramy prawne, które wykluczają wszelką możliwość konkurencyjnego zachowania stron, art. 101 nie znajdzie zastosowania⁽³⁾. W takiej sytuacji ograniczenia konkurencji nie można przypisać samodzielnemu postępowaniu przedsiębiorstw, jak tego domyślnie wymaga art. 101, i przedsiębiorstwa nie ponoszą konsekwencji naruszenia tego artykułu⁽⁴⁾. Każdy przypadek należy oceniać na podstawie jego stanu faktycznego i zasad ogólnych przedstawionych poniżej.

1.2.1. Artykuł 101 ust. 1

23. Art. 101 ust. 1 zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie⁽⁵⁾ konkurencji.

(i) Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

24. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel to takie ograniczenia, które stanowią z samej swej natury potencjalne ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1⁽⁶⁾. Zbadanie faktycznego lub potencjalnego wpływu porozumienia na rynek nie jest konieczne, o ile stwierdzono istnienie antykonkurencyjnego celu tego porozumienia⁽⁷⁾.

25. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, aby ocenić, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, należy uwzględnić treść tego porozumienia, cele, których osiągnięciu służy, oraz kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisuje. Ponadto, mimo że intencje stron nie są czynnikiem niezbędnym do ustalenia, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, Komisja może jednak wziąć ten czynnik pod uwagę w swojej analizie⁽⁸⁾. Dalsze wytyczne dotyczące pojęcia ograniczeń konkurencji ze względu na cel zawarto w ogólnych wytycznych.

(ii) Skutki ograniczające konkurencję

26. Jeżeli horyzontalne porozumienie kooperacyjne nie ogranicza konkurencji ze względu na cel, należy zbadać, czy ma ono znaczące skutki ograniczające konkurencję. Należy wziąć pod uwagę zarówno skutki faktyczne, jak i potencjalne. Innymi słowy, porozumienie musi mieć co najmniej prawdopodobne skutki antykonkurencyjne.

27. Aby można było uznać, że porozumienie ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, 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. Porozumienia mogą mieć takie skutki poprzez znaczne zmniejszenie konkurencji między stronami danego porozumienia lub też pomiędzy jedną ze stron a osobami trzecimi. Oznacza to, że porozumienie musi zmniejszać niezależność stron w podejmowaniu decyzji⁽⁹⁾ albo w wyniku zobowiązań zawartych w porozumieniu, które regulują zachowanie na rynku co najmniej jednej ze stron, albo poprzez wpływanie na zachowanie na rynku co najmniej jednej ze stron wskutek wprowadzenia zmiany w działających na nią zachętach.

⁽¹⁾ Zob. wyrok z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, Zb.Orz. I, dotychczas nieopublikowany, pkt 82, oraz przywołane tam orzecznictwo.

⁽²⁾ Zob. sprawa C-198/01, *CIF*, Rec. 2003, s. I-8055, pkt 56-58; połączone sprawy T-217/03 i T-245/03, *French Beef*, Zb.Orz. 2006, s. II-4987, pkt 92; sprawa T-7/92, *Asia Motor France II*, Rec. 1993, s. II-669, pkt 71 i sprawa T-148/89, *Tréfilunion*, Rec. 1995, s. II-1063, pkt 118.

⁽³⁾ Zob. sprawa C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, pkt 80-81. Możliwość tę interpretowano wąsko; zob. np. sprawy połączone 209/78 i in., *Van Landewyck*, Rec. 1980, s. 3125, pkt. 130-134; sprawy połączone 240/82 i in., *Stichting Sigarettenindustrie*, Rec. 1985, s. 3831, pkt. 27-29; oraz sprawy połączone C-359/95 P i C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, Rec. 1997, s. I-6265, pkt 33 i nast.

⁽⁴⁾ Co najmniej do momentu przyjęcia decyzji o niestosowaniu prawodawstwa krajowego i uprawomocnienia się takiej decyzji; sprawa C-198/01, *CIF*, pkt 54 i nast.

⁽⁵⁾ Na potrzeby niniejszych wytycznych termin „ograniczenie konkurencji” obejmuje zapobieżenie i zakłócenie konkurencji.

⁽⁶⁾ Zob. np. sprawa C-209/07, *BIDS*, Zb. Orz. 2008, s. I-8637, pkt 17.

⁽⁷⁾ Zob. np. sprawy połączone C-501/06 P i in., *GlaxoSmithKline*, pkt 55; sprawa C-209/07, *BIDS*, pkt 16; sprawa C-8/08 P, *T-Mobile Netherlands*, Zb.Orz. I-4529, pkt. 29 i nast.; sprawa C-7/95 P, *John Deere*, pkt 77.

⁽⁸⁾ Zob. np. sprawy połączone C-501/06 P i in., *GlaxoSmithKline*, pkt 58; sprawa C-209/07, *BIDS*, pkt 15 i nast.

⁽⁹⁾ Zob. sprawa C-7/95 P, *John Deere*, pkt 88; sprawa C-238/05, *Asnef-Equifax*, pkt 51.

28. Wystąpienie skutków ograniczających konkurencję na rynku właściwym jest prawdopodobne w sytuacji, w której z wystarczającą dozą prawdopodobieństwa można zakładać, że za sprawą porozumienia strony mogłyby w opłacalny sposób podnieść ceny lub ograniczyć wielkość produkcji, innowacyjność lub różnorodność produktów lub obniżyć ich jakość. Zależec to będzie od szeregu czynników, takich jak charakter i treść porozumienia, 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 wykorzystywanie.
29. Oceny tego, czy horyzontalne porozumienie kooperacyjne ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, należy dokonywać w odniesieniu do faktycznego kontekstu prawnego i gospodarczego, w którym miałyby miejsce konkurencja w przypadku braku porozumienia wraz z jego wszystkimi domniemanymi ograniczeniami (tj. w sytuacji braku porozumienia w postaci istniejącej, jeżeli zostało już wdrożone, lub planowanej, jeżeli nie zostało jeszcze wdrożone, w momencie dokonywania oceny). Dlatego też, aby udowodnić faktyczne lub potencjalne skutki ograniczające konkurencję, należy uwzględnić konkurencję pomiędzy stronami oraz konkurencję ze strony osób trzecich, w szczególności faktyczną lub potencjalną konkurencję, która istniałaby w przypadku braku porozumienia. To porównanie nie uwzględnia żadnego potencjalnego przyrostu wydajności, który powstałby wskutek zawarcia porozumienia, jako że ocenia się to wyłącznie na podstawie art. 101 ust. 3.
30. W związku z tym horyzontalne porozumienia kooperacyjne między konkurentami, którzy na podstawie obiektywnych czynników nie byłoby w stanie niezależnie zrealizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy, na przykład w wyniku ograniczonych możliwości technicznych stron, nie powodują zazwyczaj powstania skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, chyba że strony mogłyby zrealizować projekt przy mniej surowych ograniczeniach⁽¹⁾.
31. Ogólne wskazówki dotyczące pojęcia ograniczenia konkurencji ze względu na skutek znaleźć można w ogólnych wytycznych. Niniejsze wytyczne zawierają dodatkowe wskazówki dotyczące konkretnie oceny z punktu widzenia konkurencji horyzontalnych porozumień kooperacyjnych.

Charakter i treść porozumienia

32. Charakter i treść porozumienia wiążą się z takimi czynnikami jak obszar i cel współpracy, stosunki konkurencyjne między stronami oraz zakres, w jakim łączą one swoje działania. Czynniki te determinują rodzaje ewentualnych problemów w zakresie konkurencji, jakie mogą powstać wskutek horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego.
33. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą ograniczać konkurencję na różne sposoby. Porozumienie może:
- mieć charakter wyłączny w tym sensie, że ogranicza możliwość konkurowania przez strony między sobą lub z osobami trzecimi jako niezależne podmioty gospodarcze lub też jako strony innych, konkurencyjnych porozumień;
 - wymagać od stron wniesienia takich aktywów, że ich niezależność w podejmowaniu decyzji zostaje znacznie ograniczona, lub
 - wpływać na interesy finansowe stron w sposób znacznie zmniejszający ich niezależność w podejmowaniu decyzji. Dla potrzeb oceny istotne są zarówno interesy finansowe w porozumieniu, jak i interesy finansowe w innych stronach porozumienia.
34. Potencjalnym skutkiem takich porozumień może być zanik konkurencji pomiędzy stronami porozumienia. Konkurenci mogą również odnieść korzyści ze zmniejszenia presji konkurencyjnej, które jest wynikiem porozumienia, i w związku z tym mogą uznać, że podwyższenie cen jest opłacalne. Ograniczenie tych elementów presji konkurencyjnej może prowadzić do wzrostu cen na rynku właściwym. Dla oceny wpływu porozumienia na konkurencję istotne są m. in. następujące czynniki: czy strony porozumienia mają duże udziały w rynku, czy 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.

⁽¹⁾ Zob. także pkt 18 ogólnych wytycznych.

35. Horyzontalne porozumienie kooperacyjne może również:
- prowadzić do ujawniania informacji strategicznych, co zwiększa prawdopodobieństwo koordynacji działań pomiędzy stronami w obszarze współpracy lub poza nim;
 - spowodować wysoki stopień uwspólnienia kosztów (tj. części kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron), wskutek czego strony mogą łatwiej koordynować ceny rynkowe i wielkość produkcji.
36. Wysoki stopień uwspólnienia kosztów osiągnięty dzięki horyzontalnemu porozumieniu kooperacyjnemu może umożliwić stronom łatwiejszą koordynację cen rynkowych oraz wielkości produkcji tylko wówczas, gdy strony posiadają władzę rynkową i gdy cechy rynku sprzyjają takiej koordynacji, jeżeli obszar współpracy stanowi znaczną część kosztów zmiennych stron na danym rynku, a 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.
37. Porozumienie horyzontalne może zatem zmniejszyć niezależność stron w podejmowaniu decyzji i wskutek tego zwiększyć prawdopodobieństwo, że będą one koordynowały swoje zachowania w celu osiągnięcia zmony, może jednak również – w przypadku stron, które już wcześniej koordynowały swoje działania – ułatwić koordynację oraz uczynić ją stabilniejszą i wydajniejszą poprzez jej wzmocnienie lub umożliwienie przedsiębiorcom osiągnięcia jeszcze wyższych cen.
38. Niektóre horyzontalne porozumienia kooperacyjne, na przykład porozumienia produkcyjne i standaryzacyjne, mogą także powodować powstanie problemu dotyczącego antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.

Władza rynkowa i inne cechy rynku

39. 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.
40. Na rynkach, na których występują koszty stałe, przedsiębiorstwa muszą ustalać ceny powyżej własnych zmiennych kosztów produkcji w celu zapewnienia sobie konkurencyjnego zwrotu z inwestycji. Fakt, że przedsiębiorstwa ustalają ceny na poziomie powyżej kosztów zmiennych nie jest zatem sam w sobie oznaką nieprawidłowego funkcjonowania konkurencji na rynku ani oznaką władzy rynkowej przedsiębiorstw umożliwiającej im ustalanie cen powyżej poziomu konkurencyjnego. Przedsiębiorstwa mają władzę rynkową w kontekście art. 101 ust. 1 wówczas, gdy presja konkurencyjna nie jest wystarczająca do utrzymania cen, produkcji, jakości i różnorodności produktów oraz innowacji na konkurencyjnym poziomie.
41. Stworzenie, utrzymanie lub wzmocnienie władzy rynkowej może być skutkiem lepszych umiejętności, zdolności prognozowania lub innowacyjności. Może również wynikać ze zmniejszonej konkurencji pomiędzy stronami porozumienia albo jedną ze stron porozumienia a osobami trzecimi, np. dlatego że porozumienie prowadzi do antykonkurencyjnego zamknięcia konkurentom dostępu do rynku poprzez zwiększenie kosztów konkurentów i ograniczenie ich możliwości skutecznego konkurowania ze stronami porozumienia.
42. Ważny jest poziom władzy rynkowej. Poziom władzy rynkowej wymagany do stwierdzenia naruszenia przepisów prawa na podstawie art. 101 ust. 1 w przypadku porozumień ograniczających konkurencję ze względu na skutek jest mniejszy niż poziom władzy rynkowej wymagany do stwierdzenia dominacji na mocy art. 102, gdzie konieczny jest znaczny poziom władzy rynkowej.
43. Punktem wyjścia analizy władzy rynkowej jest pozycja stron na rynkach, na które współpraca wywiera wpływ. Aby przeprowadzić taką analizę, rynek lub rynki właściwe muszą być zdefiniowane przy zastosowaniu metodyki przedstawionej w obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku. Jeżeli chodzi o szczególne rodzaje rynków, takie jak rynki zakupów lub technologii, niniejsze wytyczne dostarczą dodatkowych wskazówek.

44. Jeżeli strony razem posiadają niski łączny udział w rynku, nie jest prawdopodobne, że horyzontalne porozumienie kooperacyjne wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 i zwykle nie jest konieczna dalsza analiza. Poziom, który uznaje się za „niski łączny udział w rynku”, zależy od rodzaju przedmiotowego porozumienia i można go wyprowadzić z progów dotyczących obszarów bezpieczeństwa określonych w różnych rozdziałach niniejszych wytycznych, a ogólniej z obwieszczenia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie powodują znacznego ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*)⁽¹⁾ („obwieszczenie *de minimis*”). Jeżeli jedna z dwóch stron posiada jedynie nieznaczący udział w rynku oraz jeżeli nie posiada ona istotnych zasobów, zwykle nawet wysoki łączny udział w rynku nie może być postrzegany jako wskazujący na prawdopodobieństwo wystąpienia skutku ograniczającego konkurencję na rynku⁽²⁾. Zważywszy na różnorodność horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i różnorakie skutki, jakie mogą one wywoływać w różnych sytuacjach rynkowych, niemożliwe jest wskazanie ogólnego progu udziału w rynku, powyżej którego można założyć istnienie władzy rynkowej wystarczającej do wywołania skutków ograniczających konkurencję.
45. W zależności od pozycji rynkowej stron i koncentracji rynku należy brać pod uwagę również inne czynniki, np. stabilność udziałów w rynku w czasie, bariery wejścia i prawdopodobieństwo wejścia na rynek oraz równoważącą siłę nabywców/dostawców.
46. Zwykle w analizie konkurencji Komisja stosuje bieżący udział w rynku⁽³⁾. Możliwe jest jednak również uwzględnienie odpowiednio pewnych przyszłych zmian, na przykład w kontekście wyjścia z rynku właściwego, wejścia na taki rynek lub ekspansji na nim. Można wykorzystać dane historyczne, jeżeli udział w rynku był zmienny, na przykład gdy rynek charakteryzuje się dużymi, nierównomiernymi zamówieniami. Zmiany w historycznych danych na temat udziału w rynku mogą dostarczyć przydatnych informacji na temat procesów konkurencji oraz prawdopodobnego przyszłego znaczenia różnych konkurentów, na przykład dzięki wskazaniu, czy przedsiębiorstwa zyskiwały, czy traciły udział w rynku. W każdym razie Komisja interpretuje udziały w rynku w świetle prawdopodobnych warunków rynkowych, na przykład tego, czy rynek ma charakter bardzo dynamiczny oraz czy struktura rynku jest niestabilna ze względu na innowacje lub wzrost.
47. Kiedy wejście na rynek jest wystarczająco łatwe nie oczekuje się zazwyczaj, że horyzontalne porozumienie kooperacyjne wywoła skutki ograniczające konkurencję. Aby wejście na rynek zostało uznane za wystarczającą presję konkurencyjną wobec stron horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, konieczne jest wykazanie, że jest ono prawdopodobne, występuje w odpowiednim czasie i wystarcza do odsunięcia lub wykluczenia wszelkich potencjalnych ograniczających skutków porozumienia. Istnienie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych może mieć wpływ na analizę wejścia na rynek. Prawdopodobne lub możliwe zakończenie horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego może wpływać na prawdopodobieństwo wejścia na rynek.

1.2.2. Artykuł 101 ust. 3

48. 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 konkurencję. Podejście ogólne wykorzystywane przy stosowaniu art. 101 ust. 3 przedstawiono w ogólnych wytycznych. Jeżeli w indywidualnym przypadku udowodniono istnienie ograniczenia konkurencji 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⁽⁴⁾ ciężar dowodu spełnienia przesłanek art. 101 ust. 3 spoczywa na przedsiębiorstwie lub przedsiębiorstwach ubiegających się o skorzystanie z tego postanowienia. Dlatego też 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 prokonkurencyjnych, albo że nie prowadzi do ich wystąpienia⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Dz.U. C 368 z 22.12.2001, s. 13.

⁽²⁾ Jeżeli stron jest więcej niż dwie, łączny udział w rynku wszystkich współpracujących konkurentów musi być znacznie większy niż udział największego pojedynczego współpracującego konkurenta.

⁽³⁾ W odniesieniu do obliczania udziałów w rynku zob. obwieszczenie w sprawie definicji rynku, pkt 54-55.

⁽⁴⁾ Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1.

⁽⁵⁾ Zob. np. sprawy połączone C-501/06 P i in., *GlaxoSmithKline*, pkt 93-95.

49. Zastosowanie wyjątku przewidzianego w art. 101 ust. 3 wymaga łącznego spełnienia czterech warunków – dwóch pozytywnych i dwóch negatywnych:
- 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; dlatego też nie wystarczy osiągnięcie przyrostu wydajności tylko przez strony porozumienia; dla potrzeb niniejszych wytycznych pojęcie „konsumentów” obejmuje potencjalnych lub faktycznych klientów stron porozumienia ⁽¹⁾, oraz
 - porozumienie nie może dawać stronom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.
50. W obszarze horyzontalnych porozumień kooperacyjnych istnieją rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych ⁽²⁾ oraz porozumień specjalizacyjnych (w tym porozumień dotyczących wspólnej produkcji) ⁽³⁾ przyjęte na podstawie art. 101 ust. 3. Te rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych 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 mocy 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.
51. Uzupełnianie się może wynikać z horyzontalnych porozumień kooperacyjnych na różne sposoby. Porozumienie badawczo-rozwojowe może skutkować połączeniem zróżnicowanych zdolności badawczych, co umożliwi stronom tańsze wytwarzanie lepszych produktów i skrócenie czasu wejścia tych produktów na rynek. Porozumienie produkcyjne może umożliwić stronom osiągnięcie korzyści skali lub zakresu, których nie byłyby w stanie osiągnąć indywidualnie.
52. 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.
53. Dalsze wskazówki dotyczące stosowania przez Komisję kryteriów opartych na art. 101 ust. 3 można znaleźć w ogólnych wytycznych.

1.3. Struktura niniejszych wytycznych

54. W rozdziale 2 najpierw przedstawione zostaną ogólne zasady oceny wymiany informacji, które stosuje się do wszystkich rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych wiążących się z wymianą informacji. W następnych rozdziałach omówione zostaną poszczególne rodzaje horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. W każdym rozdziale do konkretnego rodzaju współpracy zastosowane zostaną ramy analityczne opisane w sekcji 1.2 oraz ogólne zasady dotyczące wymiany informacji.

⁽¹⁾ Więcej informacji na temat pojęcia konsumenta podano w pkt 84 ogólnych wytycznych.

⁽²⁾ Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽³⁾ Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych.

2. OGÓLNE ZASADY OCENY WYMIANY INFORMACJI POD KĄTEM KONKURENCJI

2.1. Definicja i zakres

55. Celem niniejszego rozdziału jest dostarczenie wskazówek co do oceny wymiany informacji pod kątem konkurencji. Wymiana informacji może przybierać różne formy. Po pierwsze, konkurenci mogą się bezpośrednio dzielić danymi. Po drugie, danymi można dzielić się pośrednio przez wspólny podmiot (np. stowarzyszenie handlowe) lub osobę trzecią, taką jak organizacja zajmująca się badaniami rynku, lub przez dostawców bądź detalistów przedsiębiorstw.
56. Wymiana informacji odbywa się w różnych kontekstach. Istnieją porozumienia, decyzje związku przedsiębiorstw lub praktyki uzgodnione, w ramach których dochodzi do wymiany informacji, których główną funkcją gospodarczą polega na samej wymianie informacji. Ponadto wymiana informacji może być częścią innego rodzaju porozumienia horyzontalnego kooperacyjnego (np. strony porozumienia produkcyjnego dzielą się pewnymi informacjami na temat kosztów). Ocenę tego ostatniego rodzaju wymiany informacji należy przeprowadzać w kontekście oceny samego horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego.
57. Wymiana informacji jest wspólną cechą wielu konkurencyjnych rynków, a jej skutkiem mogą być różnego rodzaju korzyści wynikające z przyrostu wydajności. Może ona wyeliminować problem asymetrii informacji⁽¹⁾, dzięki czemu rynki stają się bardziej wydajne. Ponadto umożliwia przedsiębiorstwom osiąganie większej wydajności wewnętrznej poprzez porównywanie ich wyników z najlepszymi praktykami innych przedsiębiorstw. Dzielenie się informacjami może także pomóc przedsiębiorstwom oszczędzać koszty poprzez ograniczenie zapasów, umożliwienie szybszej dostawy łatwo psujących się produktów do konsumentów lub porządzenie sobie z niestabilnym popytem itp. Co więcej, wymiana informacji może stanowić bezpośrednią korzyść dla konsumentów poprzez zmniejszenie kosztów poszukiwania produktu i poprawę wyboru.
58. Wymiana informacji może jednak także prowadzić do ograniczenia konkurencji, w szczególności w sytuacjach, w których najprawdopodobniej pozwoli przedsiębiorstwom na zdobycie wiedzy o strategiach rynkowych ich konkurentów⁽²⁾. Wpływ wymiany informacji na konkurencję zależy od cech rynku, na którym wymiana się odbywa (takich jak koncentracja, przejrzystość, stabilność, symetria, złożoność itp.), a także od rodzaju wymienianych informacji, które mogą zmienić środowisko rynku właściwego, czyniąc je podatnym na koordynację.
59. Ponadto przekazywanie informacji między konkurentami może stanowić porozumienie, praktykę uzgodnioną lub decyzję związku przedsiębiorstw w celu ustalania szczególnie cen lub ilości. Takie rodzaje wymiany informacji będą zwykle uznawane za udział w kartelu i podlegały karze grzywny. Wymiana informacji może także ułatwiać wprowadzenie kartelu w życie poprzez umożliwienie przedsiębiorstwom monitorowania, czy uczestnicy stosują się do uzgodnionych warunków. Takie rodzaje wymiany informacji będą oceniane jako element kartelu.

Praktyka uzgodniona

60. Wymianę informacji można rozpatrywać na podstawie art. 101 jedynie jeżeli stanowi ona jedyny lub częściowy przedmiot porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw. Istnienie porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw nie przesądza o tym, czy porozumienie, praktyka uzgodniona lub decyzja związku przedsiębiorstw powoduje ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojęcie praktyki uzgodnionej oznacza formę koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami, która wprawdzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia porozumienia we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz w wyniku której ryzyko związane z konkurencją przedsiębiorstwa świadomie zastępują praktyczną współpracą⁽³⁾. Kryteria koordynacji i współpracy niezbędne do ustalenia zaistnienia praktyki uzgodnionej, które bynajmniej nie zakładają opracowania rzeczywistego planu, należy rozumieć w kontekście pojęcia stanowiącego nieodłączną część przepisów Traktatu dotyczących

⁽¹⁾ Ekonomiczna teoria asymetrii informacji zajmuje się badaniem decyzji podejmowanych w transakcjach, w których jedna strona posiada więcej informacji niż druga.

⁽²⁾ Zob. sprawa C-7/95 P, *John Deere*, pkt 88.

⁽³⁾ Zob. np. sprawa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, pkt 26; sprawy połączone C-89/85 i in., *Masa celulozowa*, Rec. 1993, s. 1307, pkt 63.

konkurencji, zgodnie z którym każde przedsiębiorstwo musi niezależnie określać politykę, którą zamierza przyjąć na rynku wewnętrznym, oraz warunki, które zamierza zaoferować swoim klientom ⁽¹⁾.

61. Nie pozbawia to przedsiębiorstw prawa inteligentnego dostosowania się do istniejących lub oczekiwanych zachowań konkurentów. Wyklucza jednak wszelkie bezpośrednie lub pośrednie kontakty między konkurentami, których celem lub skutkiem jest stworzenie warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na danym rynku, przy uwzględnieniu charakteru oferowanych produktów lub usług, wielkości i liczby przedsiębiorstw, jak również rozmiaru wspomnianego rynku ⁽²⁾. To z kolei wyklucza wszelkie bezpośrednie lub pośrednie kontakty między konkurentami, których celem lub skutkiem jest wpłynięcie na zachowanie rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta na rynku lub przekazywanie takiemu konkurentowi informacji o podjętym lub planowanym przez zainteresowany podmiot zachowaniu na rynku, ułatwiając tym samym znowę na rynku ⁽³⁾. Wymiana informacji może zatem stanowić praktykę uzgodnioną, jeśli prowadzi do zmniejszenia strategicznej niepewności ⁽⁴⁾ na rynku, ułatwiając tym samym znowę, tj. wymienia się dane o charakterze strategicznym. Z tego względu dzielenie się danymi strategicznymi z konkurentami jest równoznaczne z uzgodnieniami, ponieważ zmniejsza niezależność zachowań konkurentów na rynku i osłabia ich motywację do konkurowania.
62. Praktykę uzgodnioną może także stanowić sytuacja, gdy tylko jedno przedsiębiorstwo ujawnia informacje strategiczne swojemu konkurentowi lub swoim konkurentom, a ten lub ci je przyjmują ⁽⁵⁾. Takie ujawnienie może nastąpić drogą pocztową, elektroniczną, telefoniczną, podczas spotkania 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 wszystkie przedsiębiorstwa obecne na rynku wzajemnie informują się o swoich określonych planach i zamiarach. Gdy tylko jedno przedsiębiorstwo ujawnia swoim konkurentom informacje strategiczne dotyczące swojej przyszłej polityki handlowej, dla wszystkich uczestników zmniejsza się strategiczna niepewność co do przyszłego funkcjonowania rynku i zwiększa się niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji oraz znowy między nimi ⁽⁶⁾. Na przykład zwykła obecność na spotkaniu ⁽⁷⁾, na którym przedsiębiorstwo wyjawia swoim konkurentom swoje plany cenowe, będzie prawdopodobnie objęta zakresem art. 101, nawet w przypadku braku wyraźnego porozumienia dotyczącego podwyższenia cen ⁽⁸⁾. Jeśli przedsiębiorstwo otrzyma dane strategiczne od konkurenta (na spotkaniu, drogą pocztową lub elektroniczną), będzie się przyjmować, że przyjęło ono informacje i odpowiednio dostosowało swoje zachowanie na rynku, chyba że wyraźnie oświadczy, iż nie chce otrzymywać takich danych ⁽⁹⁾.
63. Praktyki uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 co do zasady nie będzie stanowić jednostronne, rzeczywiście jawne ogłoszenie wydane przez przedsiębiorstwo, na przykład zamieszczone w gazecie ⁽¹⁰⁾. Jednak w zależności od stanu faktycznego w danym przypadku, praktyki uzgodnionej nie można wykluczyć np. w sytuacji, gdy w ślad za tym ogłoszeniem idą jawne ogłoszenia zamieszczone przez innych konkurentów, w głównej mierze dlatego, że strategiczne odpowiedzi na jawne ogłoszenia konkurentów (np. związane z dostosowaniem własnych wcześniejszych ogłoszeń do ogłoszeń konkurentów) mogą okazać się strategią pozwalającą na osiągnięcie porozumienia w sprawie warunków koordynacji.

⁽¹⁾ Zob. sprawa C-7/95 P, *John Deere*, pkt 86.

⁽²⁾ Zob. sprawa C-7/95 P, *John Deere*, pkt 87.

⁽³⁾ Zob. sprawy 40/73 i in., *Suiker Unie*, Rec. 1975, s. 1663, pkt 173 i nast.

⁽⁴⁾ Wystąpienie niepewności strategicznej na rynku wiąże się z możliwością wystąpienia potencjalnie dużej liczby znowy i niemożnością dokładnego śledzenia przez przedsiębiorstwa przeszłych i obecnych działań konkurentów i nowych uczestników rynku.

⁽⁵⁾ Zob. np. sprawy połączone T-25/95 i in., *Cimenteries*, Rec. 2000, s. II-491, pkt 1849: „[...] pojęcie uzgodnionej praktyki faktycznie zakłada istnienie kontaktów charakteryzujących się wzajemnością [...]. [...] Przesłanka ta jest spełniona, gdy ujawnienie przez jednego konkurenta innemu konkurentowi swych zamiarów lub swego przyszłego zachowania na rynku zostało zaproponowane lub przynajmniej zaakceptowane przez tego drugiego konkurenta”.

⁽⁶⁾ Zob. opinia rzecznika generalnego Kokott w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Zb.Orz. 2009, s. I-4529, pkt 54.

⁽⁷⁾ Zob. sprawa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, pkt 59: „(...) nie można wykluczyć, biorąc pod uwagę strukturę rynku, że jednorazowe nawiązanie kontaktu, tak jak w postępowaniu przed sądem krajowym, może, co do zasady, być wystarczające, aby odnośne przedsiębiorstwa uzgodniły swoje zachowanie na rynku i doprowadziły również do praktycznej współpracy w miejsce konkurencji i wynikających z niej elementów ryzyka”.

⁽⁸⁾ Zob. sprawy połączone T-202/98 i in., *Tate & Lyle przeciwko Komisji*, Rec. 2001, s. II-2035, pkt 54.

⁽⁹⁾ Zob. sprawa C-199/92 P, *Hüls*, Rec. 1999, s. I-4287, pkt 162; sprawa C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, s. I-4125, pkt 121.

⁽¹⁰⁾ Nie dotyczy to sytuacji, w których ogłoszenia te zawierają zaproszenie do zawarcia znowy.

2.2. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

2.2.1. Główne problemy w zakresie konkurencji ⁽¹⁾

64. Po stwierdzeniu istnienia porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw konieczne jest przeanalizowanie głównych problemów w zakresie konkurencji w odniesieniu do wymiany informacji.

Zmowa

65. Wymiana informacji strategicznych może, poprzez sztuczne zwiększenie przejrzystości rynku, ułatwić koordynację (tj. dostosowanie) konkurencyjnego zachowania przedsiębiorstw i wywoływać skutki ograniczające konkurencję. Może to nastąpić na różne sposoby:
66. Jeden z nich polega na tym, że poprzez wymianę informacji przedsiębiorstwa mogą dojść do porozumienia w sprawie warunków koordynacji, co może doprowadzić do powstania zmowy na rynku. Wymiana informacji może powodować wzajemnie zgodne oczekiwania w odniesieniu do niepewności istniejącej na rynku. Na tej podstawie przedsiębiorstwa mogą następnie dojść do porozumienia w sprawie warunków koordynacji ich konkurencyjnego zachowania, nawet bez zawierania wyraźnego porozumienia w tej sprawie. Do umożliwienia przedsiębiorstwom osiągnięcia takiego porozumienia w największym stopniu może przyczynić się wymiana informacji o zamierzonym przyszłym zachowaniu.
67. Innym sposobem działania prowadzącym do powstania skutków ograniczających konkurencję w wyniku wymiany informacji jest zwiększenie wewnętrznej stabilności zmowy na rynku. Do takiej sytuacji może dojść szczególnie poprzez umożliwienie przedsiębiorstwom zaangażowanym w takie działania monitorowania przypadków odstępstwa od uzgodnionych warunków. Wymiana informacji może mianowicie spowodować przejrzystość rynku wystarczającą do tego, aby będące w znowie 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 (zob. przykład 3, pkt 107).

68. Trzecim sposobem działania prowadzącym do powstania skutków ograniczających konkurencję w wyniku wymiany informacji jest zwiększenie zewnętrznej stabilności zmowy na rynku. Wymiana informacji, która powoduje wystarczającą przejrzystość rynku, może umożliwić będącym w znowie przedsiębiorstwom monitorowanie, gdzie i kiedy inne przedsiębiorstwa próbują wejść na rynek, pozwalając w ten sposób uczestniczącym w znowie przedsiębiorstwom na skupienie się na nowym uczestniku rynku. Może to również wiązać się z omawianymi w pkt 69–71 problemami dotyczącymi antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Takim mechanizmem monitorowania może być zarówno wymiana bieżących danych, jak i danych z przeszłości.

Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku

69. Poza ułatwieniem zmowy na rynku, wymiana informacji może także prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku ⁽²⁾.
70. Wymiana informacji na zasadach wyłączności może powodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do tego samego rynku, na którym odbywa się ta wymiana. Sytuacja taka może wystąpić, gdy wymiana informacji objętych tajemnicą handlową powoduje, że konkurenci nieuczestniczący w tej wymianie znajdują się w znacznie gorszym położeniu konkurencyjnym w porównaniu z przedsiębiorstwami, które w wymianie uczestniczą. Ten rodzaj antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku jest możliwy jedynie, jeżeli przedmiotowe informacje mają bardzo strategiczne znaczenie dla konkurencji i obejmują znaczącą część rynku właściwego.
71. Nie można wykluczyć, że wymiana informacji może również prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku osobom trzecim na rynku powiązanych. Na przykład, zdobywając dzięki wymianie informacji wystarczającą władzę rynkową, strony, którymi są na przykład przedsiębiorstwa zintegrowane wertykalnie, wymieniające informacje na rynku wyższego szczebla mogą być w stanie 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.

⁽¹⁾ Użycie zwrotu „główne problemy w zakresie konkurencji” oznacza, że przedstawiony opis problemów w zakresie konkurencji nie jest ani wyłączny ani wyczerpujący.

⁽²⁾ Informacje na temat problemów dotyczących zamknięcia dostępu do rynku, które mogą wynikać z porozumień wertykalnych, znajdują się w pkt 100 i nast. wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

2.2.2. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel

72. Każda wymiana informacji, której celem jest ograniczenie konkurencji na rynku, uznawana będzie za ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Oceniając, czy wymiana informacji stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, Komisja zwróci szczególną uwagę na kontekst prawny i gospodarczy, w którym następuje wymiana informacji⁽¹⁾. W tym celu Komisja rozważy, czy wymiana informacji może sama przez się prowadzić do ograniczenia konkurencji⁽²⁾.
73. Do zmywy może zwłaszcza doprowadzić wymiana informacji o zamierzonym zindywidualizowanym przyszłym zachowaniu przedsiębiorstwa dotyczącym cen lub ilości⁽³⁾. Wzajemne informowanie się o takich zamiarach może pozwolić konkurentom na ustalenie wspólnego, wyższego poziomu cen, bez ponoszenia ryzyka utraty udziału w rynku lub wywołania wojny cenowej podczas okresu dostosowywania się do nowych cen (zob. przykład 1, pkt 105). Ponadto jest mniej prawdopodobne, że z powodów prokonkurencyjnych odbywa się wymiana informacji dotyczących przyszłych zamiarów, niż wymiana danych faktycznych.
74. Wymianę między konkurentami zindywidualizowanych danych na temat zamierzonych przyszłych cen lub ilości należy zatem uznać za ograniczenie konkurencji ze względu na cel⁽⁴⁾⁽⁵⁾. Ponadto prywatna wymiana między konkurentami danych o ich zamierzonym zindywidualizowanym przyszłym zachowaniu dotyczącym cen lub ilości jest zwykle uznawana za udział w kartelu i podlega karze grzywny, ponieważ ma ona zwykle na celu ustalenie cen lub ilości. Wymiana informacji stanowiąca kartel nie tylko narusza art. 101 ust. 1, lecz także najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3.

2.2.3. Skutki ograniczające konkurencję

75. W każdym indywidualnym przypadku należy przeanalizować prawdopodobny wpływ wymiany informacji na konkurencję, ponieważ wyniki oceny zależą od połączenia czynników właściwych dla konkretnego przypadku. W ramach oceny skutków ograniczających konkurencję porównuje się prawdopodobne skutki wymiany informacji z sytuacją konkurencyjną, która miałaby miejsce w przypadku braku wymiany informacji⁽⁶⁾. Aby można było uznać, że wymiana informacji ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, musi istnieć prawdopodobieństwo znacznego negatywnego wpływu na jeden (lub kilka) z parametrów konkurencji, takich jak cena, produkcja, jakość produktu, różnorodność lub innowacyjność produktu. Istnienie ograniczających konkurencję skutków wymiany informacji zależy zarówno od warunków gospodarczych na rynkach właściwych, jak i od cech wymienianych informacji.
76. Pewne warunki rynkowe mogą ułatwiać osiągnięcie koordynacji lub podtrzymywanie ją wewnętrznie lub zewnętrznie⁽⁷⁾. Wymiana informacji na takich rynkach może mieć skutki bardziej ograniczające konkurencję w porównaniu z rynkami o odmiennych warunkach. Jednak nawet gdy warunki

(1) Zob. np. sprawy połączone C-501/06 P i in., *GlaxoSmithKline*, pkt 58; sprawa C-209/07, *BIDS*, pkt 15 i nast.

(2) Zob. także ogólne wytyczne, pkt 22.

(3) Informacje dotyczące planowanych przyszłych ilości mogą zawierać np. dane dotyczące planowanej przyszłej sprzedaży, udziału w rynku, obszarów i sprzedaży konkretnym grupom konsumentów.

(4) Pojęcie zamierzonych przyszłych cen przedstawiono w przykładzie 1. W konkretnych sytuacjach, gdy przedsiębiorstwa są całkowicie zdecydowane, aby w przyszłości prowadzić sprzedaż po cenach, które wcześniej podały do publicznej wiadomości (tj. nie mogą dokonać ich korekty), takie podanie do publicznej wiadomości przyszłych zindywidualizowanych cen lub ilości nie byłoby uznane za zamiar, a co za tym idzie nie byłoby zwykle traktowane jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Sytuacja taka może mieć miejsce na przykład z powodu powtarzających się interakcji oraz szczególnego rodzaju relacji przedsiębiorstw z klientami, na przykład wtedy gdy istotne jest, aby klienci z góry znali przyszłe ceny lub wtedy gdy klienci mogą z wyprzedzeniem składać zamówienia po tych cenach. We wspomnianych sytuacjach bowiem wymiana informacji byłaby bardziej kosztownym sposobem doprowadzenia do zmywy na rynku niż wymiana informacji na temat przyszłych zachowań i byłoby bardziej prawdopodobne, że odbywa się ona z powodów prokonkurencyjnych. Nie oznacza to jednak, że co do zasady zobowiązanie wobec konsumentów w odniesieniu do cen jest koniecznym prokonkurencyjnym. Przeciwnie, ograniczałoby ono możliwość odstąpienia od zmywy, czyniąc ją zatem bardziej stabilną.

(5) Pozostaje to bez uszczerbku dla faktu, że publiczne ogłoszenie zamierzonych zindywidualizowanych cen mogłoby prowadzić do większej efektywności oraz że strony takiej wymiany mogłyby powoływać się na art. 101 ust. 3.

(6) Sprawa C-7/95 P, *John Deere przeciwko Komisji*, pkt 76.

(7) Wymiana informacji może ograniczać konkurencję w sposób analogiczny do połączenia przedsiębiorstw, o ile prowadzi do bardziej skutecznej, stabilnej lub bardziej prawdopodobnej koordynacji na rynku; zob. sprawa C-413/06 P, *Sony*, Zb.Orz. 2008, s. I-4951, pkt 123, w której Trybunał Sprawiedliwości zatwierdził kryteria ustanowione przez Sąd w sprawie T-342/99, *Airtours*, Rec. 2002, s. II-2585, pkt 62.

rynkowe sprawiają, że podtrzymanie koordynacji może być trudne zanim dojdzie do wymiany informacji, taka wymiana może spowodować zmianę tych warunków w sposób umożliwiający koordynację po dokonaniu wymiany, np. poprzez zwiększenie przejrzystości rynku, zmniejszenie jego złożoności, złagodzenie skutków niestabilności lub zrekompensowanie asymetrii. Z tego powodu ważne jest, aby skutki ograniczające konkurencję spowodowane przez wymianę informacji oceniać w kontekście zarówno wyjściowych warunków rynkowych, jak i ich zmiany w wyniku wymiany informacji. Będzie to polegało w szczególności na ocenie określonych cech danego systemu, w szczególności jego celu, warunków dostępu i udziału w nim. Będzie także konieczne zbadanie częstotliwości wymiany informacji, rodzaju wymienianych informacji – które mogą być na przykład publiczne lub poufne, zagregowane lub szczegółowe, historyczne lub bieżące – ich znaczenia dla ustalania cen, wielkości lub warunków świadczenia usługi ⁽¹⁾. Przy przeprowadzaniu tej oceny istotne są poniżej przedstawione czynniki.

(i) Cechy rynku

77. Prawdopodobieństwo wystąpienia zmywy przedsiębiorstw jest większe na rynkach, które są wystarczająco przejrzyste, skoncentrowane, niezłożone, stabilne i symetryczne. Na tego rodzaju rynkach przedsiębiorstwa mogą dojść do porozumienia w sprawie warunków koordynacji oraz skutecznie monitorować i karać wszelkie odstępstwa. Wymiana informacji może jednak umożliwić również przedsiębiorstwom znowę w innych sytuacjach rynkowych, w których byłaby ona niemożliwa w przypadku braku wymiany informacji. Wymiana informacji może zatem ułatwiać znowę poprzez zwiększenie przejrzystości rynku, zmniejszenie jego złożoności, złagodzenie skutków niestabilności lub zrekompensowanie asymetrii. W tym kontekście wpływ wymiany informacji na konkurencję zależy nie tylko od wyjściowych cech rynku (np. od koncentracji, przejrzystości, stabilności, złożoności itp.), na którym odbywa się wymiana informacji, ale również od tego, jak dany rodzaj wymienianych informacji może zmienić te cechy ⁽²⁾.
78. Prawdopodobieństwo wystąpienia zmywy jest większe na przejrzystych rynkach. Przejrzystość może ułatwiać znowę poprzez umożliwienie przedsiębiorstwom dojścia do porozumienia w sprawie warunków koordynacji lub poprzez zwiększenie wewnętrznej i zewnętrznej stabilności zmywy. Wymiana informacji może spowodować zwiększenie przejrzystości, a więc ograniczyć niepewność dotyczącą strategicznych zmiennych konkurencji (np. cen, produkcji, popytu, kosztów itp.). Im niższy jest uprzednio istniejący poziom przejrzystości rynku, tym większe może być znaczenie wymiany informacji dla osiągnięcia zmywy. 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 informacji decyduje zatem zarówno uprzednio istniejący poziom przejrzystości, jak i sposób, w jaki poziom ten zmienia się wskutek wymiany informacji. Uprzednio istniejący poziom przejrzystości zależy m.in. od liczby uczestników rynku i charakteru transakcji, które mogą obejmować zakres rozciągający się od transakcji publicznych po poufne negocjacje dwustronne między nabywcami a sprzedawcami. Najważniejszym elementem przy przeprowadzaniu oceny zmiany poziomu przejrzystości rynku jest określenie stopnia, w jakim przedsiębiorstwa mogą wykorzystać dostępne informacje do celów ustalenia działań swoich konkurentów.
79. Wąski oligopol może ułatwiać znowę na rynku, ponieważ mniejszej liczbie przedsiębiorstw łatwiej jest dojść do porozumienia w sprawie warunków koordynacji i monitorować odstępstwa. Przy mniejszej liczbie przedsiębiorstw bardziej prawdopodobne jest także, że znowa będzie trwała. W sytuacji koordynacji działań większej liczby przedsiębiorstw zyski w przypadku odstępstwa od koordynacji są większe, ponieważ w wyniku podjęcia cenowego można uzyskać większy udział w rynku. Jednocześnie zyski ze zmywy są mniejsze, ponieważ udział w zyskach z tytułu zmywy maleje wraz ze wzrostem liczby przedsiębiorstw, które w niej uczestniczą. 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. Jednak poprzez wzrost przejrzystości lub zmianę otoczenia rynkowego w inny sposób, aby uczynić je bardziej podatnym na koordynację, wymiana informacji może ułatwiać koordynację i monitorowanie wśród większej liczby przedsiębiorstw niż byłoby to możliwe w przypadku braku wymiany informacji.

⁽¹⁾ Sprawa C-238/05, *Asnef-Equifax*, pkt 54.

⁽²⁾ Należy zauważyć, że dyskusja w pkt 78–85 nie obejmuje pełnego wykazu istotnych cech rynku. Mogą istnieć inne cechy rynku, które są istotne w strukturze określonej wymiany informacji.

80. Przedsiębiorstwom może być trudniej osiągnąć znowę w złożonym otoczeniu rynkowym. Zastosowanie wymiany informacji może jednak do pewnego stopnia uprościć takie otoczenie. W złożonym otoczeniu rynkowym, aby mogło dojść do porozumienia w sprawie warunków koordynacji i monitorowania przypadków odstępstw, zwykle potrzebna jest wymiana większej ilości informacji. Na przykład osiągnięcie znowy cenowej jest łatwiejsze w przypadku jednego, jednorodnego produktu, niż w przypadku gdy istnieje wiele cen na rynku, na którym występuje wiele zróżnicowanych produktów. Niemniej jednak istnieje możliwość, że przedsiębiorstwa mogą wymieniać informacje w celu ustanowienia prostych zasad ustalania cen (np. punktów cenowych), aby obejść trudności związane z osiągnięciem znowy dotyczącej dużej liczby cen.
81. Prawdopodobieństwo wystąpienia znowy jest większe, jeżeli warunki popytu i podaży są stosunkowo stabilne⁽¹⁾. W niestabilnym otoczeniu przedsiębiorstwu może być trudno stwierdzić, czy jego straty w sprzedaży wynikają z ogólnie niskiego poziomu popytu, czy też spowodowane są działalnością konkurenta oferującego szczególnie niskie ceny; z tego względu trudno jest podtrzymać działanie w znowie. W tym kontekście 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 wystarczająco stabilna, aby koordynacja była prawdopodobna⁽²⁾. W pewnych sytuacjach wymiana informacji może służyć zwiększeniu stabilności rynku, a tym samym może umożliwiać osiągnięcie znowy na rynku. 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 znowa była trwała, reakcje podmiotów zewnętrznych, takich jak aktualni i przyszli konkurenci, którzy nie uczestniczą w koordynacji działań, oraz klientów nie powinny być w stanie zagrozić wynikom, których oczekuje się dzięki znowie. W tym kontekście istnienie barier wejścia powoduje większe prawdopodobieństwo, że znowa na rynku będzie wykonalna i trwała.
82. Prawdopodobieństwo wystąpienia znowy jest większe w symetrycznych strukturach rynku. 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. Wymiana informacji może niekiedy umożliwić wystąpienie znowy także w bardziej niejednorodnej strukturze rynku. Taka wymiana może sprawić, że przedsiębiorstwa będą bardziej świadome swoich różnic, i pomóc im w opracowaniu środków mających na celu zaradzenie niejednorodności w kontekście koordynacji.
83. Stabilność znowy zależy również od dyskontowania przez przedsiębiorstwa przyszłych zysków. Im bardziej przedsiębiorstwa cenią bieżące zyski, które mogą osiągnąć na skutek podjęcia cenowego, w stosunku do wszystkich przyszłych zysków, które mogą osiągnąć dzięki znowie, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo, że będą w stanie osiągnąć znowę.
84. Podobnie prawdopodobieństwo wystąpienia znowy jest większe między przedsiębiorstwami, które będą przez długi czas kontynuowały działalność na tym samym rynku, ponieważ w takiej sytuacji będą bardziej zaangażowane w koordynację. Jeżeli przedsiębiorstwo wie, że będzie przez długi czas współpracowało z innymi, będzie miało większą motywację do osiągnięcia znowy, ponieważ napływ przyszłych zysków osiągniętych wskutek znowy będzie wart więcej, niż krótkoterminowy zysk, jaki przedsiębiorstwo to mogłoby mieć, gdyby odstąpiło od znowy, tj. zanim inne przedsiębiorstwa odkryją takie odstąpienie od znowy i podejmą działania odwetowe.
85. Podsumowując, aby znowa była trwała, prawdopodobna musi być wystarczająco wiarygodna groźba szybkich działań odwetowych. Znowy nie są trwałe na rynkach, na których konsekwencje uchylania się nie są wystarczająco poważne, aby przekonać przedsiębiorstwa dokonujące koordynacji, iż przestrzeganie warunków znowy leży w ich interesie. Na przykład, jeśli rynek charakteryzują rzadko dokonywane, duże zamówienia, ustanowienie dostatecznie dotkliwego mechanizmu odstraszającego może okazać się trudne, ponieważ korzyść z odstąpienia od zasad we właściwym momencie może być duża, pewna i natychmiastowa, natomiast straty wynikające z nałożonej kary mogą być

⁽¹⁾ Zob. sprawa T-35/92, *John Deere przeciwko Komisji*, Rec. 1994, s. II-957, pkt 78.

⁽²⁾ 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, pkt 51 i sprawa T-35/92, *John Deere przeciwko Komisji*, pkt 78. Stwierdzenie całkowitej stabilności lub wykluczenie zaciętej konkurencji nie jest konieczne.

niewielkie i niepewne i ujawnić się dopiero po jakimś czasie. Wiarygodność mechanizmu odstraszającego zależy też od tego, czy pozostałe przedsiębiorstwa dokonujące koordynacji mają motywację do podejmowania działań odwetowych, zależącą od ich krótkoterminowych strat związanych z wywołaniem wojny cenowej, wobec potencjalnych długoterminowych zysków, jeśli zdecydują się nakłaniać do powrotu do zмовы. Zdolność przedsiębiorstw do podejmowania działań odwetowych może być wzmocniona na przykład w sytuacji, gdy są one wzajemnie powiązane poprzez wertykalne relacje handlowe, które mogą wykorzystać jako argument wysuwany przy formułowaniu groźby ukarania za odstępstwo od zмовы.

(ii) Cechy wymiany informacji

Informacje strategiczne

86. Prawdopodobieństwa wejścia w zakres art. 101 wymiany między konkurentami danych strategicznych, tj. danych, które prowadzą do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku, jest większe niż wymiany innych rodzajów informacji. Dzielenie się danymi strategicznymi może wywołać skutki ograniczające konkurencję, ponieważ zmniejsza niezależność stron w podejmowaniu decyzji poprzez osłabienie ich motywacji do konkurowania. Informacje strategiczne mogą dotyczyć cen (np. aktualne ceny, bonifikaty, wzrosty, obniżki, rabaty), wykazów klientów, kosztów produkcji, ilości, obrotów, sprzedaży, mocy produkcyjnych, jakości, planów marketingowych, zagrożeń, inwestycji, technologii oraz programów badawczo-rozwojowych i ich wyników. Zasadniczo informacje związane z cenami i ilościami mają największe znaczenie strategiczne, przed informacjami na temat kosztów i popytu. Jeżeli jednak przedsiębiorstwa rywalizują w odniesieniu do badań i rozwoju, największe strategiczne znaczenie dla konkurencji mogą mieć dane dotyczące technologii. Strategiczna przydatność danych zależy również od ich zagregowania, wieku, a także kontekstu rynkowego i częstotliwości wymiany danych.

Pokrycie rynku

87. 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 informacji, mogliby ograniczyć wszelkie antykonkurencyjne zachowanie przedsiębiorstw zaangażowanych w wymianę. Na przykład poprzez ustalenie cen poniżej skoordynowanego poziomu przedsiębiorstwa nieuczestniczące w systemie wymiany informacji mogłyby zagrozić zewnętrznej stabilności zмовы.
88. „Wystarczająco dużej części rynku” nie da się zdefiniować teoretycznie – w każdym przypadku będzie ona zależała od określonej sytuacji faktycznej i od rodzaju przedmiotowej wymiany informacji. Jeżeli jednak wymiana informacji odbywa się w kontekście innego rodzaju horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego i nie wykracza poza to, co jest konieczne do jego wdrożenia, pokrycie rynku na poziomie niższym niż progi udziału w rynku określone w odpowiednim rozdziale niniejszych wytycznych, we właściwym rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych⁽¹⁾ lub w obwieszczeniu *de minimis*, które odpowiadają danemu rodzajowi porozumienia, zwykle nie będzie wystarczająco duże, aby wymiana informacji wywoływała skutki ograniczające konkurencję.

Zagregowane/zindywidualizowane dane

89. Wywołanie skutków ograniczających konkurencję przez wymianę rzeczywiście zagregowanych danych, tj. danych, w których rozpoznanie informacji dotyczących indywidualnego przedsiębiorstwa jest wystarczająco trudne, jest dużo mniej prawdopodobne niż w przypadku wymiany danych dotyczących przedsiębiorstw. Gromadzenie i publikacja zagregowanych danych rynkowych (takich jak dane dotyczące sprzedaży, zdolności produkcyjnych lub dane dotyczące produktów wyjściowych i składników) przez organizację handlową lub firmę zajmującą się rozpoznaniem rynku mogą

⁽¹⁾ Wymiana informacji w kontekście porozumienia badawczo-rozwojowego, o ile nie wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji porozumienia, może skorzystać z 25 % obszaru bezpieczeństwa ustanowionego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych. Jeśli chodzi o rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych, odpowiedni obszar bezpieczeństwa wynosi 20 %.

przynosić korzyści zarówno dostawcom, jak i klientom, umożliwiając im uzyskanie wyraźniejszego obrazu sytuacji gospodarczej w danym sektorze. Takie gromadzenie i publikacja danych mogą pozwolić uczestnikom rynku na podejmowanie bardziej świadomych indywidualnych decyzji w celu skutecznego dostosowania ich strategii do warunków panujących na rynku. W ogólniejszym ujęciu, mało prawdopodobne jest, by wymiana zagregowanych danych powodowała powstanie skutków ograniczających konkurencję, chyba że odbywa się w warunkach wąskiego oligopolu. Z drugiej strony wymiana zindywidualizowanych danych ułatwia dojście do porozumienia na rynku i realizowanie strategii karania, ponieważ umożliwia przedsiębiorstwom uczestniczącym w koordynacji wyodrębnienie podmiotu odstępującego od koordynacji lub nowego uczestnika rynku. Niemniej jednak nie można wykluczyć, że nawet wymiana zagregowanych danych może ułatwiać zмовę na rynkach o określonych cechach. Mianowicie członkowie bardzo wąskiego i stabilnego oligopolu wymieniający zagregowane dane, 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, wiedza o tym, kto odstąpił od zмовы nie zawsze jest konieczna, wystarczy wiedzieć, że „ktoś” odstąpił.

Wiek danych

90. Jest mało prawdopodobne, aby wymiana danych historycznych doprowadziła do zмовы, ponieważ dane te zazwyczaj nie wskazują na przyszłe zachowanie konkurentów ani nie zapewniają porozumienia na rynku⁽¹⁾. Ponadto mało prawdopodobne jest, aby wymiana danych historycznych ułatwiała monitorowanie odstępstw, ponieważ im dane są starsze, tym są mniej przydatne do celów wykrycia na czas odstępstw, a tym samym jako wiarygodna groźba szybkich działań odwetowych⁽²⁾. Nie ma z góry określonego progu, po przekroczeniu którego dane stają się historyczne, tj. na tyle stare, aby nie stanowić ryzyka dla konkurencji. Rzeczywiście historyczny charakter danych zależy do określonych cech rynku właściwego, a w szczególności częstotliwości renegegowania cen w danej branży. Dane mogą na przykład być uważane za historyczne, jeżeli są kilka razy starsze niż średnia długość trwania umowy w danej branży, jeśli umowy takie wskazują na renegegowanie cen. Ponadto próg, po przekroczeniu którego dane stają się historyczne, zależy także od rodzaju, stopnia zagregowania, częstotliwości wymiany danych i cech rynku właściwego (np. jego stabilności i przejrzystości).

Częstotliwość wymiany informacji

91. Częsta wymiana informacji, która ułatwia zarówno lepsze wspólne rozumienie rynku, jak i monitorowanie odstępstw, zwiększa ryzyko wystąpienia zмовы. Na bardziej niestabilnych rynkach, aby ułatwić osiągnięcie zмовы, może być konieczna częstsza wymiana informacji niż na rynkach stabilnych. Na rynkach, na których występują umowy długoterminowe (wskazujące na rzadkie renegegowanie cen), do osiągnięcia zмовы może zwykle wystarczyć rzadsza wymiana informacji. Z drugiej strony rzadkie wymiany informacji byłyby zazwyczaj niewystarczające do osiągnięcia zмовы na rynkach, na których występują umowy krótkoterminowe z częstym renegegowaniem cen⁽³⁾. Jednak częstotliwość, z jaką dane powinny być wymieniane by ułatwić zмовę, zależy także od charakteru, wieku i stopnia zagregowania danych⁽⁴⁾.

Informacje jawne/niejawne

92. Zasadniczo jest mało prawdopodobne, by wymiana informacji rzeczywiście jawnych stanowiła naruszenie art. 101⁽⁵⁾. „Informacje rzeczywiście jawne” są to informacje zazwyczaj równie dostępne (jeśli chodzi o koszty dostępu) dla wszystkich konkurentów i klientów. Aby informacje były rzeczywiście jawne, uzyskanie ich nie powinno być droższe dla klientów i przedsiębiorstw, którzy nie

⁽¹⁾ Gromadzone dane historyczne mogą być wykorzystane jako wkład stowarzyszenia z danej branży do polityki publicznej lub służyć do analizy przeglądu polityki publicznej.

⁽²⁾ 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*, pkt 50; decyzja Komisji w sprawie IV/36.069 – *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, Dz.U. L 1 z 3.1.1998, s. 10, pkt 17.

⁽³⁾ Jednakże rzadko zawierane umowy mogą zmniejszać prawdopodobieństwo wystarczająco szybkich działań odwetowych.

⁽⁴⁾ W zależności od struktury rynku i ogólnego kontekstu wymiany, nie można jednak wykluczyć, że pojedyncza wymiana może stanowić dla uczestniczących w niej przedsiębiorstw wystarczającą podstawę do uzgodnienia ich zachowania na rynku i tym samym skutecznego zastąpienia konkurencji i związanego z nią ryzyka praktyczną współpracą między nimi; zob. sprawa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, pkt 59.

⁽⁵⁾ Sprawy połączone T-191/98 i in., *Atlantic Container Line (TACA)*, Rec. 2003, s. II-3275, pkt 1154. Sytuacja może być odmienna, jeżeli wymiana stanowi podstawę kartelu.

uczestniczą w systemie wymiany, niż dla przedsiębiorstw wymieniających informacje. Z tego powodu konkurenci nie będą zazwyczaj wymieniać danych, które mogą równie łatwo zebrać na rynku, a zatem w praktyce wymiana danych rzeczywiście jawnych jest mało prawdopodobna. Przeciwnie, nawet jeżeli dane wymieniane między konkurentami znajdują się w sferze, którą często określa się jako „domenę publiczną”, nie są one rzeczywiście jawne, jeżeli koszty związane z gromadzeniem tych danych w wystarczającym stopniu zniechęcają do tego inne przedsiębiorstwa i klientów⁽¹⁾. Możliwość gromadzenia informacji na rynku, na przykład zbieranie ich od klientów, niekoniecznie oznacza, że takie informacje stanowią dane rynkowe łatwo dostępne dla konkurentów⁽²⁾.

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

Jawna/niejawna wymiana informacji

94. „Wymiana informacji” jest rzeczywiście jawna, jeżeli powoduje, że wymieniane dane są w równym stopniu dostępne (jeśli chodzi o koszty dostępu) dla wszystkich konkurentów i klientów⁽³⁾. Fakt, że informacje są wymieniane jawnie, 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 konkurencję⁽⁴⁾. Nie można jednak całkowicie wykluczyć, że nawet rzeczywiście jawna wymiana informacji może ułatwiać zмовę na rynku.

2.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

2.3.1. Przyrost wydajności⁽⁵⁾

95. Wymiana informacji może prowadzić do przyrostu wydajności. Informacje na temat kosztów konkurentów mogą umożliwić przedsiębiorstwom osiągnięcie większej wydajności, jeżeli porównają swoje wyniki z najlepszymi praktykami w danej branży i opracują odpowiednie wewnętrzne systemy zachęt.
96. Ponadto w pewnych sytuacjach wymiana informacji może pomóc przedsiębiorstwom w przeznaczaniu produkcji na rynki o wysokim popycie (np. informacje na temat popytu) lub zlecaniu jej przedsiębiorstwom o niskich kosztach (np. informacje na temat kosztów). Prawdopodobieństwo tego rodzaju wydajności zależy od cech rynku, takich jak to, czy przedsiębiorstwa konkurują pod względem cen lub ilości, a także charakteru niepewności na rynku. W tym kontekście pewne formy wymiany informacji mogą umożliwiać znaczną oszczędność kosztów, np. gdy prowadzą do ograniczenia zbędnych zapasów lub umożliwiają szybszą dostawę łatwo psujących się produktów na obszary o wysokim popycie oraz ograniczenie ilości tych produktów w miejscach, gdzie popyt na nie jest niski (zob. przykład 6, pkt 110).
97. Na rynkach, które charakteryzuje asymetryczność informacji na temat konsumentów, wymiana danych dotyczących konsumentów 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.

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ Zob. sprawy połączone T-202/98 itd., *Tate & Lyle przeciwko Komisji*, pkt 60.

⁽³⁾ 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.

⁽⁴⁾ 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 oczekiwany wynik koordynacji. Jednak większa przejrzystość dla klientów może zmniejszyć lub zwiększyć zakres zмовy, ponieważ przy większej przejrzystości dla klientów, jako że elastyczność cenowa popytu jest większa, korzyści z odstąpienia są większe, lecz działania odwetowe są bardziej dotkliwe.

⁽⁵⁾ Omówienie potencjalnego przyrostu wydajności wynikającego z wymiany informacji nie ma charakteru wyłącznego ani wyczerpującego.

98. Wymiana informacji na temat przeszłych i obecnych udziałów w rynku może w niektórych sytuacjach przynieść korzyści zarówno przedsiębiorstwom, jak i konsumentom, umożliwiając tym pierwszym przedstawienie konsumentom takich informacji jako oznaki jakości ich produktów. W sytuacjach, w których nie ma pełnych informacji o jakości produktu, konsumenci często korzystają z rozwiązań pośrednich, aby uzyskać dane dotyczące takich względnych cech produktu jak cena i udział w rynku (np. konsumenci korzystają z list bestsellerów, aby wybrać kolejną książkę).
99. Rzeczywiście jawna wymiana informacji może również przynieść korzyści konsumentom, pomagając im w dokonaniu bardziej świadomego wyboru (i obniżając koszty poszukiwania produktu). Najprawdopodobniej klienci odniosą największe korzyści z jawnej wymiany danych aktualnych, które są najbardziej istotne dla podejmowanych przez nich decyzji o zakupie. Podobnie, jawna wymiana informacji na temat aktualnych cen produktów wyjściowych może zmniejszyć koszty poszukiwania produktu ponoszone przez przedsiębiorstwa, co zazwyczaj może przełożyć się na niższe ceny końcowe dla klientów. Mniej prawdopodobne jest, aby takie bezpośrednie korzyści dla klientów powstały w wyniku wymiany informacji na temat przyszłych zamiarów w odniesieniu do cen, ponieważ przedsiębiorstwa, które ogłaszają swoje zamiary w odniesieniu do cen, prawdopodobnie dokonają ich korekty, zanim konsumenci faktycznie zakupią produkty w oparciu o te informacje. Konsumenci, planując konsumpcję, nie mogą zasadniczo opierać się na zamiarach przedsiębiorstw. Można jednak, do pewnego stopnia, przymusić przedsiębiorstwa do niezmiennienia ogłoszonych przyszłych cen przed ich wdrożeniem, w sytuacji gdy na przykład przedsiębiorstwa nawiązują regularne kontakty z konsumentami, a konsumenci opierają się na z góry znanych cenach, lub w gdy na przykład konsumenci mogą z wyprzedzeniem składać zamówienia. We wspomnianych sytuacjach wymiana informacji dotyczących przyszłych zachowań może pomóc klientom w lepszym planowaniu wydatków.
100. Przyrost wydajności jest bardziej prawdopodobny w związku z wymianą danych aktualnych i historycznych niż z wymianą informacji o zamiarach na przyszłość. W określonych okolicznościach ogłoszenie zamiarów może jednak również spowodować przyrost wydajności. Na przykład przedsiębiorstwa, które wcześniej wiedzą, kto jest liderem w dziedzinie badań i rozwoju, mogą uniknąć powielania kosztownych wysiłków i marnowania zasobów, których nie można odzyskać⁽¹⁾.

2.3.2. Niezbędność

101. 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 przedmiot, stopień zagregowania, wiek, poufność i częstotliwość, a także zasięg wymiany danych, wiążą się z najmniejszym ryzykiem niezbędnym do osiągnięcia przyrostu wydajności, na który się powołują. Ponadto wymiana nie powinna obejmować informacji wykraczających poza zmienne, które są istotne dla osiągnięcia przyrostu wydajności. Na przykład dla 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 zmywy (zob. przykład 4, pkt 108). Ponadto zasadniczo mało prawdopodobne jest, aby niezbędne było udostępnianie zindywidualizowanych danych dotyczących przyszłych zamiarów, zwłaszcza jeżeli dotyczą one cen i ilości.
102. Podobnie istnieje większe prawdopodobieństwo, że wymiana informacji w ramach horyzontalnych porozumień kooperacyjnych spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3, jeżeli informacje te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do realizacji gospodarczego celu porozumienia (np. dzielenie się technologiami koniecznymi w ramach porozumienia badawczo-rozwojowego lub danymi dotyczącymi kosztów w kontekście porozumienia produkcyjnego).

2.3.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

103. 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 będą przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

⁽¹⁾ Taki przyrost wydajności należy zestawiać z potencjalnymi negatywnymi skutkami, na przykład, ograniczenia konkurencji stymulującej innowacyjność na rynku.

2.3.4. Nieeliminowanie konkurencji

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

2.4. Przykłady

105. Wymiana informacji o planowanych przyszłych cenach jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel

Przykład 1

Sytuacja: stowarzyszenie handlowe przedsiębiorstw autokarowych w kraju X rozpowszechnia zindywidualizowane informacje o planowanych przyszłych cenach wyłącznie wśród swoich członków. Informacje zawierają kilka elementów, takich jak planowana opłata za przejazd i trasa, na której opłata ta jest stosowana; możliwe ograniczenia dotyczące tej opłaty, na przykład: dla których konsumentów jest ona dostępna, czy wymagana jest zaliczka lub minimalny okres pobytu; okres, w którym można sprzedawać bilety po danej cenie (początkowa i końcowa data okresu sprzedaży biletów) i okres, w którym może odbyć się podróż z biletem nabytym za daną opłatę za przejazd (początkowa i końcowa data podróży).

Analiza: ta wymiana informacji, do której dochodzi w wyniku decyzji związku przedsiębiorstw, dotyczy zamiarów konkurentów w odniesieniu do cen. Wymiana informacji jest w tym przypadku bardzo skutecznym narzędziem osiągnięcia zмовy i w związku z tym ogranicza konkurencję ze względu na cel. Wynika to z faktu, że przedsiębiorstwa mogą w dowolnym momencie zmienić swoje zamierzone ceny zapowiedziane na forum stowarzyszenia, jeżeli dowiedzą się, że ich konkurenci zamierzają stosować wyższe ceny. Umożliwia to przedsiębiorstwom osiągnięcie wspólnego wyższego poziomu cen bez ponoszenia kosztów utraty udziału w rynku. Na przykład przedsiębiorstwo autokarowe A może dziś ogłosić wzrost ceny za podróż na trasie z miasta 1 do miasta 2, który będzie obowiązywał począwszy od następnego miesiąca. Ponieważ informacja ta jest dostępna dla wszystkich innych przedsiębiorstw autokarowych, przedsiębiorstwo A może następnie poczekać na reakcję swoich konkurentów na tę zapowiedź. Jeżeli konkurent działający na tej samej trasie, np. przedsiębiorstwo B, dostosowałoby się do podwyżki ceny, przedsiębiorstwo A pozostawiłoby swoją zapowiedź bez zmian i później prawdopodobnie wprowadziłoby ją w życie. Jeżeli jednak przedsiębiorstwo B nie dostosowałoby swoich cen do podwyżki, przedsiębiorstwo A mogłoby jeszcze zmienić swoje opłaty. Dostosowywanie cen byłoby kontynuowane, aż przedsiębiorstwa osiągnęłyby razem wyższy, antykonkurencyjny poziom cen. Ta wymiana informacji prawdopodobnie nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3. Wymiana informacji ograniczona jest wyłącznie do konkurentów, tj. klienci przedsiębiorstw autokarowych nie odnoszą z niej bezpośrednich korzyści.

106. Wymiana informacji o aktualnych cenach, której towarzyszy wystarczająca korzyść dla konsumentów z przyrostu wydajności

Przykład 2

Sytuacja: krajowe biuro turystyczne wraz z przedsiębiorstwami autokarowymi w małym kraju X porozumiały się w sprawie rozpowszechniania informacji o aktualnych cenach biletów autokarowych poprzez ogólnie dostępną stronę internetową (w przeciwieństwie do przykładu 1, pkt 105, konsumenci mogą już nabyć bilety w cenie i na warunkach, które są przedmiotem wymiany informacji, a tym samym opłaty te nie są zamierzonymi przyszłymi cenami, ale obecnymi cenami za bieżące i przyszłe usługi). Informacja zawiera kilka elementów, takich jak opłata za przejazd i trasa, na której opłata ta jest stosowana, możliwe ograniczenia dotyczące tej opłaty, na przykład: dla których konsumentów jest ona dostępna, czy wymagana jest zaliczka lub minimalny okres pobytu i okres, w którym może odbyć się podróż z biletem nabytym za daną opłatę za przejazd (początkowa i końcowa data podróży). Podróż autokarem w kraju X nie należy do tego samego rynku właściwego co podróż koleją lub samolotem. Zakłada się, że rynek właściwy jest skoncentrowany, stabilny i stosunkowo mało złożony, a zasady ustalania cen stają się przejrzyste dzięki wymianie informacji.

Analiza: ta wymiana informacji nie stanowi ograniczenia konkurencji ze względu na cel. Przedsiębiorstwa wymieniają informacje o obecnych, a nie zamierzonych przyszłych cenach, gdyż bilety

są już skutecznie sprzedawane po tych cenach (w przeciwieństwie do przykładu 1, pkt 105). Mniej prawdopodobne jest zatem, aby ta wymiana informacji stanowiła skuteczny mechanizm mający na celu ustanowienie centrum koordynacji. Biorąc jednak pod uwagę strukturę rynku i strategiczny charakter danych, przedmiotowa wymiana informacji prawdopodobnie stanowi skuteczny mechanizm monitorowania odstępstw od zмовy, które mogłyby wystąpić na rynku o takim charakterze. Z tego względu mogłaby ona wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W zakresie, w jakim niektóre skutki ograniczające konkurencję mogą wynikać z możliwości monitorowania odstępstw od zмовy, jest jednak prawdopodobne, że korzyści płynące z przyrostu wydajności spowodowanego wymianą informacji byłyby przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym prawdopodobne skutki ograniczające konkurencję, zarówno jeśli chodzi o ich prawdopodobieństwo, jak i znaczenie. W przeciwieństwie do przykładu 1, pkt 105, wymiana informacji odbywa się publicznie i konsument może rzeczywiście kupić bilet po cenie i na warunkach, które są przedmiotem wymiany informacji. W związku z tym przedmiotowa wymiana informacji prawdopodobnie stanowi korzyść dla konsumentów poprzez zmniejszenie kosztów poszukiwania produktu i poprawę wyboru, a tym samym stymuluje również konkurencję cenową. Warunki określone w art. 101 ust. 3 prawdopodobnie są więc spełnione.

107. Aktualne ceny wywnioskowane z wymiany informacji

Przykład 3

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, chyba że 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 (tj. dostosowanie) konkurencyjnego zachowania przedsiębiorstw. Najprawdopodobniej informacje te zostałyby wykorzystane do monitorowania odstępstw od zмовy. 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 informacjami objętymi tajemnicą handlową, tj. przydatnymi do celów strategicznych. 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. Wreszcie 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, żeby 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.

108. Korzyści z analizy porównawczej – niespełnione kryteria art. 101 ust. 3

Przykład 4

Sytuacja: trzy duże przedsiębiorstwa, które łącznie posiadają 80 % udział w stabilnym, niezłożonym, skoncentrowanym rynku o wysokich barierach wejścia, często i niepublicznie wymieniają bezpośrednio między sobą informacje na temat znacznej części swoich indywidualnych kosztów. Przedsiębiorstwa twierdzą, że wymieniają informacje, aby dokonać 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 znowę i tym samym powoduje 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 znowę na rynku. Byłoby to jednak bardzo mało prawdopodobne, gdyby przedmiotowa wymiana danych miała miejsce na nieprzejrzystym, rozdrobnionym, niestabilnym i złożonym rynku.

109. Informacje rzeczywiście jawne

Przykład 5

Sytuacja: cztery przedsiębiorstwa posiadające wszystkie stacje paliw w dużym kraju A wymieniają telefonicznie dane dotyczące aktualnych cen paliwa. Twierdzą, że ta wymiana informacji nie może wywołać skutków ograniczających konkurencję, ponieważ informacje te są jawne — są przedstawiane na dużych tablicach na każdej stacji paliw.

Analiza: wymieniane drogą telefoniczną 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 rozszaniach po całym kraju, należałoby odbywać częste i długie 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, który jest wąskim, mało złożonym i stabilnym oligopolem. W związku z tym wymiana ta prawdopodobnie tworzy klimat wzajemnej pewności między konkurentami odnośnie do polityki cenowej i w ten sposób może ułatwiać osiągnięcie znowy. W rezultacie przedmiotowa wymiana informacji prawdopodobnie wywołuje skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

110. Lepsze zaspokajanie popytu jako przyrost wydajności

Przykład 6

Sytuacja: na rynku właściwym działa pięciu producentów świeżego, butelkowanego soku z marchwi. Popyt na ten produkt jest bardzo niestabilny i różni się 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 codziennie gromadzi aktualne informacje o niesprzedanym soku w każdym punkcie sprzedaży, które publikuje 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 często popyt nie był 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 może ułatwić osiągnięcie znowy, ponieważ mało prawdopodobne jest znowa na tak niestabilnym rynku. Nawet, jeśli wymiana niesie za sobą pewne ryzyko wywołania skutków ograniczających konkurencję, przyrost wydajności wynikający ze zwiększenia podaży w miejscach o wysokim popycie i zmniejszenia podaży w miejscach o niskim popycie może prawdopodobnie zrekompensować potencjalne skutki ograniczające konkurencję. 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 spełniła warunki określone w art. 101 ust. 3.

3. POROZUMIENIA BADAWCZO-ROZWOJOWE

3.1. Definicja

111. Porozumienia badawczo-rozwojowe są zróżnicowane pod względem formy i zakresu. Obejmują one zakres od outsourcingu niektórych działań w zakresie badań i rozwoju po wspólne ulepszanie istniejących technologii i współpracę dotyczącą badań, rozwoju i wprowadzania do obrotu całkowicie nowych produktów. Mogą one przybierać formę porozumienia o współpracy lub wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa. Niniejszy rozdział dotyczy wszystkich form porozumień badawczo-rozwojowych, w tym powiązanych z nimi porozumień dotyczących produkcji lub komercjalizacji wyników prac badawczo-rozwojowych.

3.2. Rynki właściwe

112. Kluczową kwestią przy określaniu rynku właściwego podczas dokonywania oceny skutków porozumienia badawczo-rozwojowego jest określenie tych produktów, technologii lub działań badawczo-rozwojowych, które będą stanowiły dla stron główne elementy presji konkurencyjnej. Z jednej strony całego spektrum możliwych sytuacji innowacje mogą prowadzić do stworzenia produktu (lub technologii), który(-a) będzie konkurencyjny(-a) na istniejącym rynku produktowym (lub rynku technologii). Ma to miejsce na przykład w przypadku prac badawczo-rozwojowych ukierunkowanych na nieznaczne ulepszenia lub zmiany, na przykład nowe modele pewnych produktów. W tym przypadku potencjalne skutki dotyczą rynku istniejących produktów. Z drugiej strony tego spektrum innowacje mogą prowadzić do stworzenia zupełnie nowego produktu, dla którego powstaje nowy rynek produktowy (np. nowa szczepionka przeciw wcześniej nieuleczalnej chorobie). Wiele przypadków dotyczy jednak sytuacji znajdujących się między tymi dwoma skrajnościami, tj. sytuacji, w których działania innowacyjne mogą prowadzić do stworzenia produktów (lub technologii), które z czasem zastępują produkty (lub technologie) istniejące (np. płyty CD, które zastąpiły płyty winylowe). Możliwe jest, że staranna analiza takich sytuacji będzie musiała objąć zarówno istniejące rynki, jak i wpływ porozumienia na innowacje.

Istniejące rynki produktowe

113. Jeżeli współpraca dotyczy prac badawczo-rozwojowych ukierunkowanych na ulepszanie istniejących produktów, te istniejące produkty i ich bliskie substytuty tworzą rynek właściwy, którego dotyczy dana współpraca ⁽¹⁾.
114. Jeżeli działania badawczo-rozwojowe ukierunkowane są na znaczną zmianę istniejących produktów lub nawet na nowy produkt zastępujący produkty istniejące, substytucja istniejących produktów może być niedoskonała lub długoterminowa. Można stwierdzić, że produkty stare i produkty nowe potencjalnie wchodzące na rynek nie należą do tego samego rynku właściwego ⁽²⁾. Sytuacja może jednak dotyczyć rynku istniejących produktów, jeżeli połączenie działań badawczo-rozwojowych może prowadzić do koordynacji zachowań stron jako dostawców istniejących produktów, na przykład ze względu na wymianę istotnych dla konkurencji informacji objętych tajemnicą handlową dotyczących rynku istniejących produktów.
115. Jeżeli badania i rozwój dotyczą ważnego komponentu produktu końcowego, w ocenie uwzględnia się nie tylko rynek tego komponentu, lecz także istniejący rynek produktu końcowego. Na przykład, jeżeli producenci samochodów współpracują w zakresie prac badawczo-rozwojowych związanych z nowym typem silnika, taka współpraca badawczo-rozwojowa może mieć wpływ na rynek samochodowy. Jednak rynek produktów końcowych jest właściwy dla celów oceny tylko, jeżeli komponent będący celem badań i rozwoju jest pod względem technicznym lub ekonomicznym kluczowym elementem tych produktów końcowych i jeżeli strony porozumienia badawczo-rozwojowego mają władzę rynkową w odniesieniu do produktów końcowych.

Istniejące rynki technologii

116. Współpraca w dziedzinie badań i rozwoju może dotyczyć nie tylko produktów, lecz również technologii. Jeżeli prawa własności intelektualnej są przedmiotem obrotu oddzielnie od produktów, których dotyczą, należy określić również właściwy rynek technologii. Rynki technologii obejmują licencjonowaną własność intelektualną i jej bliskie substytuty, tj. inne technologie, które konsumenci mogliby wykorzystywać jako substytuty.

⁽¹⁾ W odniesieniu do definicji rynku zob. obwieszczenie w sprawie definicji rynku.

⁽²⁾ Zob. również wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do porozumień o transferze technologii, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 2 („wytyczne dotyczące transferu technologii”), pkt 33.

117. Definiowanie rynków technologii kieruje się tymi samymi zasadami co definiowanie rynków produktowych⁽¹⁾. Poczynając od technologii, którą strony wprowadzają do obrotu, należy również określić te inne technologie, które konsumenci mogliby zacząć stosować w odpowiedzi na niewielki, ale utrzymujący się wzrost cen względnych. Po określeniu tych technologii można obliczyć udziały w rynku, dzieląc dochody uzyskane przez strony z opłat licencyjnych przez całkowite dochody z opłat licencyjnych uzyskane przez wszystkich licencjodawców.
118. Pozycja stron na rynku istniejącej technologii jest istotnym kryterium oceny w przypadku, w którym współpraca badawczo-rozwojowa dotyczy znacznego udoskonalenia istniejącej technologii lub nowej technologii, która może zastąpić technologię istniejącą. Udziały stron w rynku można jednak traktować jedynie jako punkt wyjścia dla tej analizy. W przypadku rynków technologii szczególny nacisk należy położyć na potencjalną konkurencję. Jeżeli przedsiębiorstwa, które obecnie nie udzielają licencji na swoją technologię, są potencjalnymi nowymi uczestnikami rynku technologii, mogłyby one ograniczyć zdolność stron do opłacalnego podnoszenia ceny za ich technologię. Ten aspekt analizy można również uwzględnić bezpośrednio w obliczeniach udziałów w rynku w oparciu o sprzedaż produktów, w których zastosowano licencjonowaną technologię, na rynkach produktowych niższego szczebla (zob. pkt 123–126).

Konkurencja w dziedzinie innowacji (działania badawczo-rozwojowe)

119. Współpraca badawczo-rozwojowa może mieć wpływ nie tylko na konkurencję na istniejących rynkach, lecz także na konkurencję na rynkach innowacji i nowych rynkach produktowych. Ma to miejsce w przypadku, gdy współpraca badawczo-rozwojowa dotyczy opracowania nowych produktów lub technologii, które mogą kiedyś – jeżeli się pojawią – zastąpić istniejące produkty lub technologie, lub które są opracowywane z przeznaczeniem do nowego zastosowania i w związku z tym nie zastąpią istniejących produktów, lecz wywołają zupełnie nowy popyt. Skutki dla konkurencji w dziedzinie innowacji są w takich sytuacjach istotne, ale ich ocena poprzez dokonanie analizy rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji na istniejących rynkach produktowych/technologii może w niektórych przypadkach nie być wystarczająca. W tym względzie można wyodrębnić dwa scenariusze w zależności od charakteru procesu innowacji w danym sektorze.
120. W pierwszym scenariuszu, który występuje na przykład w przemyśle farmaceutycznym, proces innowacji zorganizowany jest w taki sposób, że już na wczesnym etapie można określić konkurencyjne bieguny badawczo-rozwojowe. Konkurencyjne bieguny badawczo-rozwojowe są to działania badawczo-rozwojowe ukierunkowane na pewien nowy produkt lub technologię, a także działania zastępcze w stosunku do nich, tj. działania badawczo-rozwojowe, których celem jest opracowanie produktów lub technologii mogących stanowić substytuty produktów lub technologii opracowanych w ramach współpracy i które mają podobny harmonogram realizacji. W tym przypadku można przeanalizować, czy po zawarciu porozumienia pozostanie wystarczająca liczba biegunów badawczo-rozwojowych. Punktem wyjścia tej analizy są prace badawczo-rozwojowe podejmowane przez strony. Następnie należy określić wiarygodne konkurencyjne bieguny badawczo-rozwojowe. Aby dokonać oceny wiarygodności konkurencyjnych biegunów, należy uwzględnić następujące aspekty: charakter, zakres i rozmiar wszelkich innych działań badawczo-rozwojowych, dostęp do zasobów finansowych i ludzkich dla celów tych działań, *know-how*/patenty lub inne wyspecjalizowane aktywa, a także ich harmonogram i zdolność do wykorzystania potencjalnych wyników. Biegun badawczo-rozwojowy nie jest wiarygodnym konkurentem, jeżeli nie można go uznać za bliski substytut działań badawczo-rozwojowych podejmowanych przez strony, na przykład pod względem dostępu do zasobów lub harmonogramu.
121. Oprócz bezpośredniego wpływu na innowację współpraca może mieć również wpływ na nowy rynek produktowy. Dokonanie bezpośredniej analizy wpływu na taki rynek będzie często trudne, ponieważ rynek ten jeszcze nie istnieje. Analiza takich rynków będzie zatem często w sposób dorozumiany włączana do analizy konkurencji w dziedzinie innowacji. Konieczne może być jednak rozważenie w sposób bezpośredni wpływu, jaki wywierają na taki rynek aspekty porozumienia wykraczające poza etap badań i rozwoju. Porozumienie badawczo-rozwojowe obejmujące wspólną produkcję i komercjalizację na nowym rynku produktowym można na przykład ocenić inaczej niż porozumienie czysto badawczo-rozwojowe.
122. W drugim scenariuszu działania innowacyjne w danym sektorze nie mają wyraźnej struktury umożliwiającej określenie biegunów badawczo-rozwojowych. W takiej sytuacji Komisja nie usiłowałaby, wyłączając wyjątkowe okoliczności, ocenić wpływu danej współpracy badawczo-rozwojowej na innowację, lecz ograniczyłaby swoją ocenę do istniejących rynków produktowych lub technologii, które są związane z daną współpracą badawczo-rozwojową.

⁽¹⁾ Zob. obwieszczenie w sprawie definicji rynku; zob. także wytyczne dotyczące transferu technologii, pkt 19 i nast.

Obliczanie udziału w rynku

123. Obliczanie udziału w rynku zarówno do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych, jak i niniejszych wytycznych musi odzwierciedlać rozróżnienie między istniejącymi rynkami a konkurencją w dziedzinie innowacji. Na początku współpracy badawczo-rozwojowej punktem odniesienia jest istniejący rynek produktowy obejmujący produkty, które można ulepszyć, zastąpić substytucyjnymi lub innymi opracowywanymi produktami. Jeżeli celem porozumienia badawczo-rozwojowego jest jedynie ulepszenie lub udoskonalenie istniejących produktów, rynek ten obejmuje produkty, których bezpośrednio dotyczą prace badawczo-rozwojowe. Udział w rynku można zatem obliczyć na podstawie wartości sprzedaży istniejących produktów.
124. Jeżeli celem prac badawczo-rozwojowych jest zastąpienie istniejącego produktu, nowy produkt – jeżeli prace zakończą się powodzeniem – stanie się substytutem istniejących produktów. Aby ocenić pozycję konkurencyjną stron, również w tym przypadku można obliczyć udział w rynku na podstawie wartości sprzedaży istniejących produktów. W rezultacie zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych wyłączenie takich sytuacji jest oparte na udziale w „rynku właściwym produktów, które mogą zostać ulepszone, zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami objętymi umową”⁽¹⁾. Aby porozumienie wchodziło w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych, ten udział w rynku nie może przekroczyć 25 %⁽²⁾.
125. 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. Często może to być jednak raczej teoretyczny niż praktyczny sposób postępowania z powodu braku przejrzystych informacji o opłatach licencyjnych, udzielania nieodpłatnych licencji wzajemnych itp. 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 w zastosowana w produkcji technologia to tak, na którą udzielono licencji⁽³⁾. Również w przypadku tego rynku udział nie może przekroczyć 25 % (bez względu na zastosowaną metodę obliczania), aby można było skorzystać z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.
126. Jeżeli celem prac badawczo-rozwojowych jest opracowanie produktu, który wywołuje zupełnie nowy popyt, nie można obliczać udziału w rynku na podstawie sprzedaży. Możliwe jest jedynie przeprowadzenie analizy wpływu porozumienia na konkurencję w dziedzinie innowacji. W związku z tym w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych porozumienia te traktuje się jako porozumienia między stronami niebędącymi konkurentami i obejmuje się je wyłączeniem niezależnie od udziału w rynku przez czas trwania wspólnych prac badawczo-rozwojowych oraz dodatkowy okres siedmiu lat od pierwszego wprowadzenia produktu do obrotu⁽⁴⁾. Jednak przywilej wyłączenia grupowego może zostać wycofany, jeśli porozumienie eliminowałoby skuteczną konkurencję w innowacyjności⁽⁵⁾. Po upływie okresu siedmiu lat możliwe jest obliczenie udziału w rynku w oparciu o wartość sprzedaży i stosuje się wówczas wynoszący 25 % próg udziału w rynku⁽⁶⁾.

3.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

3.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

127. Współpraca badawczo-rozwojowa może ograniczać konkurencję na różne sposoby. Po pierwsze, może ona osłabić lub spowolnić proces innowacji, prowadząc do wprowadzania do obrotu mniejszej liczby produktów lub produktów gorszej jakości oraz do późniejszego wprowadzania produktów do obrotu niż normalnie miałyby to miejsce. Po drugie, na rynkach produktowych lub technologii współpraca badawczo-rozwojowa może znacznie ograniczyć konkurencję między stronami poza zakresem porozumienia lub może umożliwić antykonkurencyjną koordynację na tych rynkach, skutkując wyższymi cenami. Problem związany z zamknięciem dostępu do rynku może wystąpić jedynie w kontekście współpracy z udziałem co najmniej jednego podmiotu posiadającego znaczną władzę rynkową (która nie musi osiągać poziomu oznaczającego dominację) w odniesieniu do kluczowej technologii i wyłącznego wykorzystywania wyników.

⁽¹⁾ Art. 1 ust. 1 lit. u) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽²⁾ Art. 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽³⁾ Zob. również wytyczne dotyczące transferu technologii, pkt 23.

⁽⁴⁾ Art. 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁵⁾ Zob. motywy 19, 20 i 21 w preambule do rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁶⁾ Art. 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

3.3.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

128. Porozumienia badawczo-rozwojowe ograniczają konkurencję ze względu na cel, jeżeli w rzeczywistości nie dotyczą one wspólnych prac badawczo-rozwojowych, lecz służą jako narzędzie udziału w ukrytym kartelu, tj. w działaniach zabronionych, takich jak ustalanie cen, ograniczanie produkcji lub podział rynku. Jednak porozumienie badawczo-rozwojowe, które obejmuje wspólne wykorzystywanie potencjalnych przyszłych wyników, nie zawsze ogranicza konkurencję.

3.3.3. Skutki ograniczające konkurencję

129. Większość porozumień badawczo-rozwojowych nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Odnosi się to po pierwsze do wielu porozumień dotyczących współpracy badawczo-rozwojowej na dość wczesnym etapie, na długo przed wykorzystaniem potencjalnych wyników.
130. Ponadto współpraca badawczo-rozwojowa między stronami niebędącymi konkurentami zwykle nie powoduje skutków ograniczających konkurencję⁽¹⁾. Konkurencyjny stosunek między stronami musi być analizowany w kontekście wywierania wpływu na istniejące rynki lub innowacje. Jeśli na podstawie obiektywnych czynników strony nie będą w stanie niezależnie zrealizować niezbędnych prac badawczo-rozwojowych, na przykład w wyniku ograniczonych możliwości technicznych stron, porozumienie badawczo-rozwojowe nie spowoduje zazwyczaj powstania skutków ograniczających konkurencję. Może to dotyczyć na przykład przedsiębiorstw łączących uzupełniające się umiejętności, technologie i inne zasoby. 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 zasoby.
131. 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, które to elementy, z uwagi na komplementarny charakter stron uczestniczących we współpracy w tego rodzaju przypadkach, nie powodują skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.
132. Współpraca badawczo-rozwojowa, która nie obejmuje wspólnego wykorzystania potencjalnych wyników w drodze udzielania licencji, produkcji lub wprowadzania do obrotu, rzadko powoduje skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Te czysto badawczo-rozwojowe porozumienia mogą spowodować wystąpienie problemu w zakresie konkurencji jedynie w przypadku znacznego ograniczenia konkurencji w odniesieniu do innowacji, wskutek czego przetrwałaby tylko niewielka liczba wiarygodnych konkurencyjnych biegunów badawczo-rozwojowych.
133. Prawdopodobieństwo, że porozumienia badawczo-rozwojowe wywołają skutki ograniczające konkurencję istnieje tylko wówczas, gdy strony uczestniczące we współpracy mają władzę rynkową na istniejących rynkach lub jeżeli konkurencja w odniesieniu do innowacji zostaje znacznie ograniczona.
134. 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 konkurentami są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych pod warunkiem, że ich łączny udział w rynku nie przekracza 25 % i że spełnione są pozostałe warunki stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.
135. Porozumienia, które nie wchodzą w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych, ponieważ łączny udział stron w rynku przekracza 25 %, niekoniecznie wywołują skutki ograniczające konkurencję. Im silniejsza jest jednak

⁽¹⁾ Współpraca badawczo-rozwojowa między stronami niebędącymi konkurentami może jednak wywołać efekt zamknięcia objęty art. 101 ust. 1, jeżeli porozumienie to dotyczy wyłącznego wykorzystania wyników, oraz jeżeli jest zawierane między przedsiębiorstwami, z których jedno ma znaczną władzę rynkową (która nie zawsze osiąga poziom oznaczający dominację) w odniesieniu do kluczowej technologii.

łączna pozycja stron na istniejących rynkach lub im bardziej ograniczona jest konkurencja w dziedzinie innowacji, tym większe jest prawdopodobieństwo, że porozumienie badawczo-rozwojowe spowoduje skutki ograniczające konkurencję⁽¹⁾.

136. Jeżeli prace badawczo-rozwojowe są ukierunkowane na ulepszanie lub udoskonalanie 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 innowację na istniejących rynkach jest możliwy jedynie wówczas, gdy strony mają łącznie silną pozycję, wejście na rynek jest trudne i można zidentyfikować tylko nieliczne inne działania innowacyjne. Ponadto jeżeli prace badawczo-rozwojowe dotyczą jedynie względnie niewielkiego wkładu w produkt końcowy, skutki dla konkurencji w odniesieniu do takich produktów końcowych, jeżeli w ogóle występują, są bardzo ograniczone.
137. Zasadniczo należy dokonać rozróżnienia między porozumieniami czysto badawczo-rozwojowymi a porozumieniami określającymi bardziej kompleksową współpracę obejmującą różne etapy wykorzystania wyników (tj. licencjonowanie, produkcję lub wprowadzanie do obrotu). Jak wspomniano w pkt 132, porozumienia czysto badawczo-rozwojowe rzadko wywołują skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Dotyczy to zwłaszcza prac badawczo-rozwojowych ukierunkowanych na ograniczone ulepszanie istniejących produktów lub technologii. Jeżeli w takim przypadku współpraca badawczo-rozwojowa obejmuje wspólne wykorzystywanie wyników jedynie w drodze udzielania licencji osobom trzecim, wystąpienie skutków ograniczających, takich jak problemy związane z zamknięciem dostępu do rynku, jest mało prawdopodobne. Jeżeli jednak współpraca obejmuje wspólną produkcję lub wprowadzanie do obrotu nieznacznie ulepszonych produktów lub technologii, należy dokładniej zbadać wpływ współpracy na konkurencję. Większe prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających konkurencję w postaci wyższych cen lub zmniejszonej produkcji na istniejących rynkach istnieje, jeżeli w taką sytuację zaangażowani są silni konkurenci.
138. Jeżeli prace badawczo-rozwojowe ukierunkowane są na zupełnie nowy produkt (lub technologię), dla którego (której) powstaje nowy rynek, wpływ na ceny i produkcję na istniejących rynkach jest raczej mało prawdopodobny. Analizę trzeba skoncentrować na potencjalnych ograniczeniach innowacji, na przykład w zakresie jakości i różnorodności potencjalnych przyszłych produktów lub technologii lub tempa innowacji. Takie skutki ograniczające konkurencję mogą wystąpić, jeżeli co najmniej dwa spośród niewielu przedsiębiorstw zaangażowanych w rozwój takiego nowego produktu rozpoczynają współpracę na etapie, na którym każde z nich niezależnie jest bliskie wprowadzenia do obrotu nowego produktu. Takie skutki są zwykle bezpośrednim wynikiem porozumienia między stronami. Innowacje może ograniczyć nawet porozumienie czysto badawczo-rozwojowe. Zasadniczo jest jednak mało prawdopodobne, aby współpraca badawczo-rozwojowa dotycząca zupełnie nowych produktów wywoływała skutki ograniczające konkurencję, chyba że istnieje tylko niewielka liczba wiarygodnych alternatywnych biegunów badawczo-rozwojowych. Zasada ta nie ulega znaczącej zmianie w przypadku wspólnego wykorzystania wyników, a nawet wspólnego wprowadzenia do obrotu. W takich sytuacjach wspólne wykorzystanie wyników może wywołać skutki ograniczające konkurencję jedynie w przypadku, gdy dochodzi do zamknięcia dostępu do kluczowych technologii. Problemy te nie powstałyby jednak, gdyby strony udzielały licencji umożliwiającym osobom trzecim skuteczną konkurencję.
139. Większość porozumień badawczo-rozwojowych będzie znajdowała się między dwoma sytuacjami opisanymi w pkt 137 i 138. Dlatego mogą one nie tylko wpływać na innowacje, lecz również wywoływać reperkusje na istniejących rynkach. W związku z tym zarówno istniejący rynek, jak i wpływ na innowacje mogą okazać się istotne przy ocenie łącznej pozycji stron, wskaźników koncentracji, liczby uczestników lub innowatorów i warunków wejścia na rynek. W niektórych przypadkach mogą wystąpić skutki ograniczające konkurencję w postaci wyższych cen lub zmniejszonej produkcji, innowacji, jakości lub różnorodności produktów na istniejących rynkach oraz w postaci negatywnego wpływu na innowacje poprzez spowalnianie procesu rozwoju. Na przykład, jeśli znaczący konkurenci na istniejącym rynku technologii współpracują w celu opracowania nowej technologii, która może pewnego dnia zastąpić dotychczasowe produkty, współpraca ta może spowolnić proces rozwoju nowej technologii, jeżeli strony mają władzę rynkową na istniejącym rynku oraz silną pozycję w odniesieniu do badań i rozwoju. Podobny skutek może wystąpić, jeżeli ważny uczestnik istniejącego rynku współpracuje z o wiele mniejszym lub nawet potencjalnym konkurentem, który ma właśnie pojawić się, wprowadzając do obrotu nowy produkt lub nową technologię, który(-a) może zagrozić pozycji przedsiębiorstwa zasiedziało.

⁽¹⁾ Pozostaje to bez uszczerbku dla analizy potencjalnego przyrostu wydajności, w tym występującego regularnie w publicznie współfinansowanej działalności badawczo-rozwojowej.

140. Porozumienia mogą również nie mieścić się w zakresie stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych niezależnie od władzy rynkowej stron. Dotyczy to na przykład porozumień, które ograniczają nadmiernie dostęp strony do wyników współpracy badawczo-rozwojowej⁽¹⁾. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych przewiduje szczególne odstępstwo od tej ogólnej zasady w przypadku instytucji akademickich, instytutów badawczych lub wyspecjalizowanych przedsiębiorstw, które prowadzą prace badawczo-rozwojowe na zasadzie świadczenia usług, i które nie są aktywne w przemysłowym wykorzystywaniu wyników prac badawczo-rozwojowych⁽²⁾. Niemniej jednak porozumienia wykraczające poza zakres stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych i zawierające postanowienia o wyłącznych prawach dostępu do celów wykorzystywania wyników, w przypadku gdy wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, mogą spełniać kryteria określone w art. 101 ust. 3, w szczególności gdy wyłączne prawa dostępu są niezbędne pod względem ekonomicznym z uwagi na rynek, ryzyko i skalę inwestycji wymaganych do wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych.

3.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

3.4.1. Przyrost wydajności

141. 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.

3.4.2. Niezbędność

142. 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. W szczególności ograniczenia wymienione w art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych mogą sprawić, że uznanie – w wyniku indywidualnej oceny – kryteriów art. 101 ust. 3 za spełnione będzie mniej prawdopodobne. Strony porozumienia badawczo-rozwojowego zasadniczo będą więc musiały wykazać, że takie ograniczenia są niezbędne dla współpracy.

3.4.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

143. 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. 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 lub aktywów. Strony porozumienia mogą na przykład mieć odmienny potencjał badawczy. Jeżeli, z drugiej strony, umiejętności i aktywa stron są bardzo zbliżone, najważniejszym skutkiem porozumienia badawczo-rozwojowego może być eliminacja części lub całości działalności badawczo-rozwojowej strony lub stron. Pozwoliłoby to na eliminację (stałych) kosztów stron porozumienia, jednak prawdopodobnie nie doprowadziłoby do powstania korzyści, które zostałyby przeniesione na konsumentów. Ponadto im większa jest władza rynkowa stron, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo, że korzyści z przyrostu wydajności będą przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

3.4.4. Nieliminowanie konkurencji

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

3.4.5. Czas przeprowadzania oceny

145. Ocenę porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 3 przeprowadza się w ich rzeczywistym kontekście oraz na podstawie faktów istniejących w danym czasie. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany stanu faktycznego. Wyjątek określony w art. 101 ust. 3 stosuje się dopóki, dopóty spełnione są cztery warunki wymienione w art. 101 ust. 3 i przestaje się stosować, gdy tak nie jest.

⁽¹⁾ Zob. art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽²⁾ Zob. art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych.

Przy stosowaniu art. 101 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami 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 wyłączności przyznanej stronom na podstawie przepisów szczególnych dotyczących ochrony praw własności intelektualnej, okres wymagany do odzyskania takiej inwestycji zasadniczo nie przekroczy okresu wyłączności określonego na podstawie tych przepisów.

146. W niektórych przypadkach porozumienie ograniczające konkurencję ma charakter nieodwracalny. Po wdrożeniu takiego porozumienia przywrócenie pierwotnego stanu rzeczy jest niemożliwe. W takich przypadkach ocena musi być przeprowadzona wyłącznie na podstawie stanu faktycznego mającego miejsce w czasie jego wdrażania. 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. Dlatego też ocenę antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych skutków porozumienia o porzuceniu indywidualnych projektów badawczych należy przeprowadzić według stanu istniejącego w czasie ukończenia jego wdrażania. Jeżeli w tym momencie porozumienie jest zgodne z art. 101, na przykład ze względu na istnienie wystarczającej liczby konkurencyjnych projektów badawczo-rozwojowych prowadzonych przez osoby trzecie, porozumienie stron dotyczące porzucenia ich indywidualnych projektów pozostaje zgodne z art. 101, nawet jeżeli projekty osób trzecich zakończą się później niepowodzeniem. Zakaz określony w art. 101 może jednak mieć zastosowanie do innych części porozumienia, których nie dotyczy problem nieodwracalności. Jeżeli na przykład w porozumieniu, oprócz wspólnej działalności badawczo-rozwojowej, przewidziano również wspólne korzystanie z wyników tej działalności, 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.

3.5. Przykłady

147. Wpływ wspólnej działalności badawczo-rozwojowej na rynki innowacji/nowrynek produktowy

Przykład 1

Sytuacja: A i B to dwa główne przedsiębiorstwa na unijnym rynku wytwarzania istniejących podzespołów elektronicznych. Udział w rynku każdego z tych przedsiębiorstw wynosi 30%. Każde z nich poczyniło znaczne inwestycje na badania i rozwój w dziedzinie miniaturyzacji podzespołów elektronicznych oraz opracowało wstępne prototypy. Następnie przedsiębiorstwa te uzgodniły, że połączą swoje działania badawczo-rozwojowe poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, który dokończy prace badawczo-rozwojowe, wyprodukuje podzespoły i odsprzeda je spółkom dominującym, które oddzielnie wprowadzą je do obrotu. Pozostała część rynku składa się z małych przedsiębiorstw, które nie dysponują wystarczającymi środkami by poczynić konieczne inwestycje.

Analiza: choć zminiaturyzowane podzespoły elektroniczne mogą w niektórych obszarach konkurować z istniejącymi podzespołami, są one zasadniczo nową technologią i należy przeprowadzić analizę biegunów badawczych skierowanych na ten przyszły rynek. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy oznaczałoby istnienie tylko jednej drogi do uzyskania koniecznej technologii produkcji, podczas gdy prawdopodobne jest, że A i B mogłyby również samodzielnie wprowadzić na ten rynek odrębne produkty. Porozumienie ogranicza zatem różnorodność produktów. Ponadto wspólna produkcja prawdopodobnie bezpośrednio ogranicza również konkurencję pomiędzy stronami porozumienia i prowadzi do uzgodnienia poziomu produkcji, jakości oraz innych parametrów ważnych z punktu widzenia konkurencji. Stanowiłoby to ograniczenie konkurencji, nawet jeżeli strony wprowadzą produkty do obrotu niezależnie od siebie. Strony mogłyby na przykład ograniczyć produkcję wspólnego przedsiębiorcy w porównaniu do ilości produktów, które wprowadziłyby do obrotu, jeżeli decydowałyby o tym niezależnie od siebie. Wspólny przedsiębiorca mógłby również obciążyć strony wysoką ceną transferową, zwiększając w ten sposób koszt nakładów stron,

co z kolei mogłoby spowodować zwiększenie cen na rynku niższego szczebla. Strony dysponują łącznie znacznym udziałem w istniejącym rynku niższego szczebla, a pozostała część tego rynku jest rozproszona. Sytuacja ta może stać się jeszcze bardziej wyraźna na nowym rynku produktowym niższego szczebla ze względu na fakt, że mniejsi konkurenci nie są w stanie zainwestować w nowe podzespoły. Dlatego też dość prawdopodobne jest, że wspólna produkcja ograniczy konkurencję. Ponadto istnieje prawdopodobieństwo, że rynek zminiaturyzowanych podzespołów elektronicznych przekształci się w przyszłości w duopol charakteryzujący się wysokim stopniem ujednolicenia kosztów oraz wymianą informacji objętych tajemnicą handlową pomiędzy stronami. Może więc wystąpić również poważne ryzyko antykonkurencyjnej koordynacji prowadzącej do zmowy na tym rynku. Istnieje więc prawdopodobieństwo, że porozumienie badawczo-rozwojowe wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Chociaż wynikiem porozumienia mógłby być przyrost wydajności w postaci szybszego wprowadzenia nowej technologii, to jednak strony nie miałyby konkurencji na poziomie prac badawczo-rozwojowych, a więc ich motywacja do rozwijania nowej technologii w szybkim tempie mogłaby się zmniejszyć. Chociaż niektóre z tych problemów można by rozwiązać, nakładając na strony wymóg licencjonowania osobom trzecim na rozsądnych warunkach kluczowego *know-how* w zakresie wytwarzania miniaturowych komponentów, nie wydaje się prawdopodobne, aby rozwiązało to wszystkie problemy i spowodowało spełnienie warunków art. 101 ust. 3.

Przykład 2

Sytuacja: małe przedsiębiorstwo badawcze A (przedsiębiorstwo A), które nie posiada własnej organizacji marketingowej, odkryło i opatentowało substancję farmaceutyczną opartą na nowej technologii, która zrewolucjonizuje leczenie pewnej choroby. Przedsiębiorstwo A zawiera porozumienie badawczo-rozwojowe z dużym producentem farmaceutycznym B wytwarzającym produkty, które dotychczas były stosowane w leczeniu tej choroby. Przedsiębiorstwo B nie prowadzi żadnego podobnego programu badawczo-rozwojowego i nie byłoby w stanie uzyskać takiej wiedzy specjalistycznej w odpowiednim czasie. W zakresie istniejących produktów udział w rynku przedsiębiorstwa B wynosi około 75% we wszystkich państwach członkowskich, jednak patenty wygasną w ciągu pięciu następnych lat. Istnieją również dwa inne bieguny badawcze w postaci innych przedsiębiorstw, będące na mniej więcej tym samym poziomie zaawansowania i wykorzystujące tę samą podstawową nową technologię. Przedsiębiorstwo B będzie zapewniać znaczne środki finansowe i *know-how* dla celów rozwoju produktu, a w przyszłości również dostęp do rynku. Przedsiębiorstwo B otrzymuje licencję na wyłączną produkcję i dystrybucję produktu będącego wynikiem prac na czas trwania patentu. Oczekuje się, że produkt mógłby być wprowadzony do obrotu w okresie od pięciu do siedmiu lat.

Analiza: produkt będzie prawdopodobnie należał do nowego rynku właściwego. Strony wnoszą do współpracy wzajemnie uzupełniające się zasoby i umiejętności, a prawdopodobieństwo wprowadzenia produktu na rynek znacznie wzrasta. Choć przedsiębiorstwo B prawdopodobnie będzie miało znaczną władzę rynkową na istniejącym rynku, szybko zacznie ona maleć. Porozumienie nie doprowadzi do strat w zakresie badań i rozwoju po stronie przedsiębiorstwa B, ponieważ nie dysponuje ono wiedzą specjalistyczną w tym obszarze badań, natomiast istnienie innych biegunów badawczych prawdopodobnie wyeliminuje wszelką zachętę do ograniczenia wysiłków badawczo-rozwojowych. Prawa do wykorzystywania wyników przez pozostały okres obowiązywania patentu prawdopodobnie okażą się konieczne do przekonania przedsiębiorstwa B do dokonania znacznych wymaganych inwestycji, a przedsiębiorstwo A nie dysponuje własnymi zasobami w zakresie marketingu. Jest zatem mało prawdopodobne, że porozumienie wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Nawet jeżeli istniałoby takie ryzyko, warunki określone w art. 101 ust. 3 zostałyby prawdopodobnie spełnione.

148. Ryzyko zamknięcia dostępu

Przykład 3

Sytuacja: małe przedsiębiorstwo badawcze A, które nie posiada własnej organizacji marketingowej, odkryło i opatentowało nową technologię, która zrewolucjonizuje rynek pewnego produktu, na którym producent (przedsiębiorstwo B) ma monopol na skalę światową, gdyż inne przedsiębiorstwa nie są w stanie konkurować z obecną technologią przedsiębiorstwa B. Istnieją również dwa inne bieguny badawcze reprezentowane przez inne przedsiębiorstwa będące na mniej więcej tym samym poziomie zaawansowania i wykorzystujące tę samą podstawową nową technologię. Przedsiębiorstwo B będzie zapewniać znaczne środki finansowe i *know-how* dla celów rozwoju produktu,

a w przyszłości również dostęp do rynku. Przedsiębiorstwo B otrzymuje wyłączną licencję na wykorzystanie technologii na czas obowiązywania patentu i zobowiązuje się do przeznaczania środków tylko na finansowanie rozwoju technologii przedsiębiorstwa A.

Analiza: produkt będzie prawdopodobnie należał do nowego rynku właściwego. Strony wnoszą do współpracy wzajemnie uzupełniające się zasoby i umiejętności, a prawdopodobieństwo wprowadzenia produktu na rynek znacznie wzrasta. Fakt, że przedsiębiorstwo B zobowiązuje się do wspierania nowej technologii przedsiębiorstwa A może jednak doprowadzić do sytuacji, w której dwa konkurujące bieguny badawcze porzucą swoje projekty ze względu na trudności w pozyskaniu ciągłego finansowania po utracie najbardziej prawdopodobnego potencjalnego klienta na ich technologię. W takiej sytuacji nie istniełoby żadni konkurenci mogący zagrozić w przyszłości monopolistycznej pozycji B. Efekt zamknięcia dostępu do rynku spowodowany przez porozumienie doprowadziłby prawdopodobnie do uznania, że wywołuje ono skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Aby móc skorzystać z art. 101 ust. 3, strony musiałyby wykazać, że przyznana wyłączność jest niezbędna w celu wprowadzenia nowej technologii do obrotu.

Przykład 4

Sytuacja: przedsiębiorstwo A posiada władzę rynkową na rynku, którego element stanowi jego wyjątkowo dobrze sprzedający się lek (ang. *blockbuster medicine*). Małe przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwo B), zaangażowane w prace badawczo-rozwojowe w sektorze farmaceutycznym i produkcję substancji czynnych, odkryło nową metodę wytwarzania, umożliwiającą tańszą produkcję substancji czynnej leku przedsiębiorstwa A, złożyło wniosek patentowy jej dotyczący, i kontynuuje prace nad tą metodą pod kątem produkcji przemysłowej. Patent na składnik (substancję czynną) 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 metoda wytwarzania nie narusza patentów przedsiębiorstwa A, a produkcja generycznej wersji leku odnoszącego sukces na rynku byłaby możliwa z chwilą wygaśnięcia patentu na substancję czynną. Przedsiębiorstwo B mogłoby zatem samo produkować wspomniany produkt lub udzielić licencji na produkt zainteresowanym osobom trzecim, np. 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 przedsiębiorstwa B związany z tym projektem badawczo-rozwojowym. Istnieją również dwa inne niezależne bieguny badawcze mające na celu opracowanie metody wytwarzania, która nie naruszałaby wspomnianych patentów, dotyczącej produkcji leku odnoszącego sukces na rynku, jednak nie jest jasne, czy osiągną one etap produkcji przemysłowej.

Analiza: metoda wytwarzania objęta wnioskiem patentowym przedsiębiorstwa B nie pozwala na produkcję nowego produktu. Wynika to z faktu, że metoda ta jedynie usprawnia istniejący proces produkcji. 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 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). Wspomniana licencja wyłączna ogranicza zatem konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Jako że przedsiębiorstwa A i B są potencjalnymi konkurentami, rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień badawczo-rozwojowych nie znajduje zastosowania, ponieważ udział przedsiębiorstwa A w rynku, na którym dostępny jest lek innowacyjny, przekracza 25%. Oszczędności kosztów, jakie przedsiębiorstwo A może uzyskać w związku nowym procesem produkcji, nie przewyższają w wystarczającym stopniu ewentualnych skutków ograniczenia konkurencji. Licencja wyłączna nie jest w każdym razie konieczna, aby uzyskać oszczędności w procesie produkcji. W związku z tym jest mało prawdopodobne, że porozumienie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

149. Wpływ porozumienia badawczo-rozwojowego na dynamiczne rynki produktowe i technologii oraz na środowisko.

Przykład 5

Sytuacja: dwa przedsiębiorstwa maszynowe, które produkują części do pojazdów, uzgadniają utworzenie wspólnego przedsiębiorcy w celu połączenia swoich wysiłków badawczo-rozwojowych

ukierunkowanych na usprawnienie produkcji i działania produkowanej obecnie części. Produkcja tej części może także mieć pozytywne skutki dla środowiska, bowiem pojazdy zużywałyby mniej paliwa, a przez to emitowały mniej CO₂. Przedsiębiorstwa łączą również swoją działalność w zakresie licencjonowania istniejącej technologii w tym obszarze, lecz zachowują odrębną produkcję i sprzedaż części. Udział tych dwóch przedsiębiorstw w unijnym rynku produktowym producentów oryginalnego wyposażenia (OEM) wynosi 15 % i 20 %. Na rynku działają dwaj inni znaczący konkurenci, a znaczący producenci pojazdów realizują kilka wewnętrznych programów badawczych. Udziały stron w światowym rynku licencjonowania technologii dla tych produktów, mierzone na podstawie uzyskanych przychodów, wynoszą 20 % i 25 %; ponadto istnieją jeszcze dwie inne znaczące technologie. Cykl życia części wynosi zazwyczaj od dwóch do trzech lat. W ciągu ostatnich pięciu lat każdego roku jedno z głównych przedsiębiorstw wprowadzało nową lub ulepszoną wersję.

Analiza: ponieważ prace badawczo-rozwojowe żadnego z tych przedsiębiorstw nie są ukierunkowane na stworzenie zupełnie nowego produktu, rozważyć należy rynki istniejących części oraz licencjonowania odnośnej technologii. Łączny udział stron jest stosunkowo wysoki, zarówno w rynku OEM (35 %), jak i, przede wszystkim, w rynku technologii (45 %). Strony zachowują jednak nadal odrębną produkcję i sprzedaż części. Istnieje również szereg konkurencyjnych technologii, które są regularnie udoskonalane. Ponadto producenci pojazdów, którzy obecnie nie licencjonują swojej technologii, są potencjalnymi nowymi uczestnikami tego rynku technologii, ograniczając w ten sposób zdolność stron do opłacalnego podnoszenia cen. W zakresie, w jakim wspólny przedsiębiorca wywołuje skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, prawdopodobnie spełniałby on kryteria określone w art. 101 ust. 3. Przy ocenie na podstawie art. 101 ust. 3 należałoby uwzględnić korzyści, jakie konsumenci odniosą z niższego zużycia paliwa.

4. POROZUMIENIA PRODUKCYJNE

4.1. Definicja i zakres

150. 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 jeden lub kilka zakładów produkcyjnych, albo w ramach swobodniejszych form współpracy, takich jak porozumienia o podwykonawstwie, w ramach których jedna strona (wykonawca) powierza drugiej stronie (podwykonawcy) produkcję określonego towaru.
151. Istnieją różne typy porozumień o podwykonawstwie. Horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie zawierane są przez strony działające na tym samym rynku produktowym, niezależnie od tego czy są faktycznymi czy potencjalnymi konkurentami. Wertykalne porozumienia o podwykonawstwie zawierane są przez przedsiębiorstwa działające na różnych poziomach rynku.
152. Horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie obejmują zarówno porozumienia o specjalizacji jednostronnej i wzajemnej, jak i porozumienia o podwykonawstwie mające na celu rozszerzenie produkcji. Porozumienia o specjalizacji jednostronnej są to porozumienia między dwiema stronami, które prowadzą działalność na tym samym rynku produktowym lub rynkach produktowych, na mocy których jedna ze stron zgadza się na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji niektórych produktów lub wstrzymanie się od produkcji tych produktów oraz na nabycie ich od drugiej strony, która zgadza się na wytworzenie i dostarczenie tych produktów. Porozumienia o specjalizacji wzajemnej to porozumienia co najmniej dwóch stron prowadzących działalność na tym samym rynku lub rynkach produktowych, na mocy których co najmniej dwie strony zgadzają się na zasadzie wzajemności na całkowite lub częściowe zaprzestanie lub wstrzymanie produkcji pewnych, ale różnych, produktów oraz na nabycie tych produktów od pozostałych stron, które zgadzają się na wytworzenie i dostarczenie tych produktów. W przypadku porozumień o podwykonawstwie mających na celu rozszerzenie produkcji wykonawca powierza podwykonawcy wytworzenie towaru, jednak w tym samym czasie wykonawca nie zaprzestaje ani nie ogranicza własnej produkcji tego towaru.
153. Niniejsze wytyczne stosuje się do wszystkich typów porozumień o wspólnej produkcji oraz horyzontalnych porozumień o podwykonawstwie. Porozumienia o wspólnej produkcji oraz porozumienia o specjalizacji jednostronnej i wzajemnej mogą być objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków.

154. Niniejsze wytyczne nie obejmują wertykalnych porozumień o podwykonawstwie. 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 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 ⁽¹⁾ („obwieszczenie w sprawie porozumień o podwykonawstwie”).

4.2. Rynki właściwe

155. Aby ocenić stosunki konkurencyjne między współpracującymi stronami, należy najpierw określić rynek właściwy lub rynki właściwe, których współpraca dotyczy bezpośrednio, tj. rynek lub rynki, do których należą produkty wytwarzane na podstawie porozumienia produkcyjnego.
156. Porozumienie produkcyjne może również spowodować skutki uboczne na rynkach sąsiednich w stosunku do rynku, którego współpraca dotyczy bezpośrednio, na przykład na rynkach wyższego lub niższego szczebla w stosunku do rynku objętego porozumieniem (tzw. rynki dotknięte skutkami ubocznymi) ⁽²⁾. Rynki dotknięte skutkami ubocznymi mogą być rynkami właściwymi, jeżeli są one współzależne oraz jeżeli strony posiadają silną pozycję rynkową na rynku dotkniętym skutkami ubocznymi.

4.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

4.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

157. Porozumienia produkcyjne mogą prowadzić do bezpośredniego ograniczenia konkurencji między stronami. Porozumienia produkcyjne, a w szczególności wspólni przedsiębiorcy zajmujący się produkcją, mogą prowadzić do bezpośredniego uzgadniania między stronami poziomu produkcji i jakości, ceny, po której wspólny przedsiębiorca sprzedaje swoje produkty, lub innych parametrów ważnych z punktu widzenia konkurencji. Może to prowadzić do ograniczenia konkurencji, nawet jeżeli strony wprowadzają produkty do obrotu niezależnie od siebie.
158. Wynikiem porozumień produkcyjnych może być również koordynacja konkurencyjnego zachowania stron jako dostawców, prowadząca do wyższych cen, zmniejszonej produkcji, innowacji, jakości i różnorodności produktów, tj. do działania w zмовie. Zjawisko to może wystąpić, pod warunkiem posiadania przez strony władzy rynkowej i istnienia cech rynku sprzyjających takiej koordynacji, zwłaszcza jeśli porozumienie produkcyjne zwiększa stopień uwspólnienia kosztów stron (tj. części kosztów zmiennych, które strony dzielą między sobą) do poziomu, który umożliwia im osiągnięcie zмовy lub jeżeli porozumienie przewiduje wymianę informacji objętych tajemnicą handlową, która może prowadzić do zмовy.
159. Porozumienia produkcyjne mogą ponadto prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia osobom trzecim dostępu do rynku powiązanego (np. do rynku niższego szczebla opartego na produktach wyjściowych pochodzących z rynku, którego dotyczy porozumienie produkcyjne). Na przykład zdobywając wystarczającą władzę rynkową, strony angażujące się we wspólną produkcję na rynku wyższego szczebla mogą podnieść cenę kluczowych podzespołów dla rynku niższego szczebla. W ten sposób mogą wykorzystać wspólną produkcję do zwiększenia kosztów swoich rywali na rynku niższego szczebla i ostatecznie wyeliminować ich 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. 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, przynajmniej jedna ze stron musi mieć silną pozycję rynkową na rynku, w odniesieniu do którego przeprowadza się ocenę ryzyka zamknięcia dostępu.

4.3.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

160. Zazwyczaj porozumienia, w ramach których dochodzi do ustalania cen, ograniczania produkcji lub podziału rynków lub klientów, ograniczają konkurencję ze względu na cel. Sytuacja taka nie występuje jednak przy porozumieniach produkcyjnych, jeżeli:

⁽¹⁾ Dz. U. C 1 z 3.1.1979, s. 2.

⁽²⁾ Zob. również art. 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

- 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 nie są eliminowane, lub
- 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.

161. W tych dwóch przypadkach należy ocenić, czy porozumienie może wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W obu sytuacjach porozumienie dotyczące produkcji lub cen nie będzie oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków całego porozumienia produkcyjnego na rynku.

4.3.3. Skutki ograniczające konkurencję

162. To, czy w danej sprawie pojawią się ewentualne problemy w zakresie konkurencji płynące z porozumień produkcyjnych, zależy od charakterystyki rynku, na którym porozumienie jest realizowane, jak również od charakteru współpracy i jej zasięgu rynkowego oraz produktu, którego współpraca dotyczy. Te zmienne określają prawdopodobne skutki porozumienia produkcyjnego dla konkurencji, a tym samym możliwość zastosowania art. 101 ust. 1.
163. Prawdopodobieństwo, że porozumienie produkcyjne doprowadzi do ograniczenia konkurencji zależy od sytuacji, która miałaby miejsce w przypadku braku porozumienia i wszystkich domniemyanych ograniczeń. W związku z tym nie jest prawdopodobne, aby porozumienia produkcyjne pomiędzy przedsiębiorstwami konkurującymi na rynku, na którym odbywa się współpraca, wywierały skutki ograniczające konkurencję, jeżeli współpraca prowadzi do powstania nowego rynku, tj. jeżeli porozumienie umożliwia stronom wprowadzenie nowego towaru lub usługi, których na podstawie obiektywnych czynników strony nie byłyby w stanie wprowadzić w innej sytuacji, na przykład z powodu ograniczonych możliwości technicznych stron.
164. W niektórych branżach, w których produkcja stanowi główną działalność gospodarczą, czyste porozumienie produkcyjne może samo wyeliminować kluczowe elementy konkurencji, ograniczając tym samym konkurencję między stronami porozumienia.
165. Porozumienie produkcyjne może alternatywnie prowadzić do zmony lub antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku przez zwiększenie władzy rynkowej przedsiębiorstw, uwspólnienie kosztów lub jeżeli prowadzi do wymiany informacji objętych tajemnicą handlową. Z drugiej strony powstanie bezpośredniego ograniczenia konkurencji pomiędzy stronami, zmony lub antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku jest mało prawdopodobne, jeżeli strony porozumienia nie mają władzy rynkowej na rynku, w odniesieniu do którego przeprowadza się ocenę problemów w zakresie konkurencji. Jedynie władza rynkowa może im umożliwić opłacalne utrzymanie cen powyżej poziomu konkurencyjnego lub opłacalne utrzymanie poziomu produkcji i jakości lub różnorodności produktu poniżej poziomu dyktowanego przez konkurencję.
166. 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 faktyczna konkurencja na rynku przedsiębiorstwa zasiedziałego jest już słaba, a zagrożenie wejściem na rynek nowego uczestnika stanowi poważne źródło presji konkurencyjnej.
167. Porozumienia produkcyjne, których elementem jest również wspólna funkcja komercjalizacyjna, taka jak wspólna dystrybucja lub wspólne wprowadzanie do obrotu, są obarczone 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 obarczone największym ryzykiem dla konkurencji. 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. 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.

Władza rynkowa

168. Wywołanie skutków ograniczających konkurencję przez porozumienie produkcyjne jest mało prawdopodobne, jeżeli strony porozumienia nie mają władzy rynkowej na rynku, na którym przeprowadza się ocenę ograniczenia konkurencji. Punktem wyjścia analizy władzy rynkowej jest udział w rynku posiadany przez strony. Następnie należy zwykle obliczyć wskaźnik koncentracji oraz liczbę uczestników rynku, jak również inne czynniki dynamiczne, takie jak możliwość wejścia na rynek i zmiany udziału w rynku.
169. Mało prawdopodobne jest, aby władzę rynkową miały przedsiębiorstwa, których udział w rynku jest poniżej określonego poziomu. Zatem porozumienia o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej, jak również porozumienia o wspólnej produkcji obejmujące pewne funkcje zintegrowanej komercjalizacji, takie jak wspólna dystrybucja, są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych, jeżeli są to porozumienia między stronami, których łączny udział w rynku lub rynkach właściwych nie przekracza 20 %, oraz spełnione są pozostałe warunki stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych. Ponadto, jeśli chodzi o horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie mające na celu rozszerzenie produkcji, w większości przypadków istnienie władzy rynkowej nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 20 %. W każdym razie, jeżeli łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 %, prawdopodobnie przedmiotowe porozumienie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.
170. Jeżeli jednak łączny udział stron w rynku przekracza 20 %, skutki ograniczające konkurencję należy poddać analizie, ponieważ porozumienie takie nie jest objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych ani nie mieści się w obszarze bezpieczeństwa dotyczącym horyzontalnych porozumień o podwykonawstwie mających na celu rozszerzenie produkcji, o którym mowa w pkt 169 zdaniu trzecim i czwartym. Nieznacznie wyższy udział w rynku niż ten, jaki jest dozwolony w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie porozumień specjalizacyjnych lub obszar bezpieczeństwa, o którym mowa w pkt 169 zdaniu trzecim i czwartym, nie muszą świadczyć o wysokim wskaźniku koncentracji na rynku, co jest ważnym czynnikiem przy ocenie. Łączny udział stron w rynku nieco powyżej 20 % może występować na rynku o umiarkowanej koncentracji. Prawdopodobieństwo, że porozumienie produkcyjne na skoncentrowanym rynku wywoła skutki ograniczające konkurencję jest zasadniczo znacznie większe niż w przypadku rynku nieskoncentrowanego. Podobnie porozumienie produkcyjne na skoncentrowanym rynku może również zwiększyć ryzyko zмовы, nawet jeżeli strony mają umiarkowany łączny udział w rynku.
171. Nawet jeżeli udział stron porozumienia w rynku oraz koncentracja rynku są wysokie, ryzyko wystąpienia skutków ograniczających konkurencję może być niskie, jeżeli rynek jest dynamiczny, tzn. charakteryzuje się wchodzeniem nowych uczestników i częstymi zmianami pozycji rynkowych.
172. W analizie tego, czy strony porozumienia produkcyjnego mają władzę rynkową, istotna z punktu widzenia oceny jest liczba i intensywność powiązań (np. inne porozumienia kooperacyjne) pomiędzy konkurentami na rynku.
173. Dla oceny wpływu porozumienia na konkurencję istotne są m. in. następujące czynniki: czy strony porozumienia mają duże udziały w rynku, czy 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.

Bezpośrednie ograniczenie konkurencji między stronami

174. Konkurencja między stronami porozumienia produkcyjnego może być bezpośrednio ograniczona na różne sposoby. Strony produkcyjnego wspólnego przedsiębiorcy mogłyby na przykład ograniczyć produkcję wspólnego przedsiębiorcy w porównaniu do ilości produktów, które wprowadziłyby do obrotu, jeżeli decydowałyby o tym niezależnie od siebie. Jeśli porozumienie produkcyjne określałoby główne cechy produktu, mogłyby to również wyeliminować kluczowe elementy konkurencji między stronami, a ostatecznie prowadzić do powstania skutków ograniczających konkurencję. Innym przykładem może być nakładanie przez wspólnego przedsiębiorcę wysokich cen transferowych na strony, zwiększając w ten sposób koszty nakładów stron, co z kolei mogłoby spowodować zwiększenie cen na rynku niższego szczebla. Konkurenci mogą uznać za opłacalne podniesienie swoich cen, przyczyniając się w ten sposób do wzrostu cen na rynku właściwym.

Zmowa

175. Prawdopodobieństwo powstania zmowy zależy od władzy rynkowej stron, a także cech rynku właściwego. Zmowa może w szczególności (lecz nie tylko) wynikać z uwspólnienia kosztów lub wymiany informacji będących skutkiem porozumienia produkcyjnego
176. Porozumienie produkcyjne między stronami posiadającymi władzę rynkową może mieć skutki ograniczające konkurencję, jeżeli zwiększa stopień uwspólnienia kosztów (tj. udział kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron) do poziomu, który umożliwia im działanie w zмовie. Istotnymi kosztami są koszty zmienne produktu, który jest przedmiotem konkurencji między stronami porozumienia produkcyjnego.
177. Istnieje większe prawdopodobieństwo, że porozumienie produkcyjne doprowadzi do zmowy, jeżeli już przed zawarciem porozumienia strony mają wysoki udział kosztów zmiennych, które dzielą między sobą, ponieważ ich dodatkowy wzrost (tj. koszty produkcji produktu objętego porozumieniem) może przechylić szalę, doprowadzając do zmowy. Niemniej jednak, jeżeli wzrost jest duży, ryzyko zmowy może być duże nawet jeżeli początkowy stopień ujednoczenia kosztów jest niski.
178. Uwspólnienie kosztów zwiększa ryzyko zmowy tylko wówczas, gdy koszty produkcji stanowią znaczną część przedmiotowych kosztów zmiennych. Nie dzieje się tak na przykład, gdy współpraca dotyczy produktów, których komercjalizacja wiąże się z dużymi kosztami. Przykładem mogą być nowe lub różnorodne produkty, których wprowadzenie do obrotu lub transport wiąże się ze znacznymi kosztami.
179. Inny scenariusz, w którym uwspólnienie kosztów może prowadzić do zmowy, 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 przedsięwzięcia.
180. Podobnie uwspólnienie kosztów zwiększa ryzyko antykonkurencyjnego wpływu 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 na rynku niższego szczebla.
181. Wszelkie negatywne skutki wynikające z wymiany informacji nie będą oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia. Porozumienie produkcyjne może wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli wiąże się z wymianą informacji objętych tajemnicą handlową, co może prowadzić do zmowy lub antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Prawdopodobieństwo wywołania skutków ograniczających konkurencję przez wymianę informacji w kontekście porozumienia produkcyjnego należy oceniać zgodnie ze wskazówkami zawartymi w rozdziale 2.
182. Jeżeli wymiana informacji nie wykracza poza udostępnianie danych niezbędnych do wspólnej produkcji towarów objętych porozumieniem produkcyjnym, prawdopodobieństwo spełnienia przez porozumienie kryteriów art. 101 ust. 3 jest większe niż w przypadku wymiany danych wykraczającej poza to, co jest konieczne do wspólnej produkcji, nawet jeżeli wymiana informacji ma 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. W kontekście porozumienia produkcyjnego istnieje natomiast mniejsze prawdopodobieństwo, że udostępnianie danych, które nie są konieczne do wspólnej produkcji, na przykład wymiana informacji dotyczących cen i sprzedaży, spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

4.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3**4.4.1. Przyrost wydajności**

183. Porozumienia produkcyjne mogą być prokonkurencyjne, jeżeli zapewniają przyrost wydajności w postaci oszczędności kosztów lub lepszych technologii produkcji. Dzięki wspólnej produkcji przedsiębiorstwa mogą obniżyć koszty, które w innym przypadku zostałyby powielone. Mogą także produkować po niższych kosztach, jeżeli współpraca umożliwia im zwiększanie produkcji w przypadkach, w których koszty krańcowe maleją wraz ze wzrostem produkcji, tj. przez korzyści skali. Wspólna

produkcja może także pomóc przedsiębiorstwom w poprawie jakości produktów, jeżeli połączą swoje uzupełniające się umiejętności i *know-how*. Ponadto współpraca może także przyczynić się do zwiększenia zróżnicowania produktów przez przedsiębiorstwa, co w innym przypadku byłoby niemożliwe ze względu na koszty lub inne czynniki. Jeżeli wspólna produkcja umożliwia stronom zwiększenie liczby różnych typów produktów, może także przynieść oszczędność kosztów wynikającą z korzyści zakresu.

4.4.2. Niezbędność

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

4.4.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

185. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w postaci niższych cen, lepszej jakości lub większego zróżnicowania produktów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję. 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. 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. 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.

4.4.4. Nieliminowanie konkurencji

186. 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.

4.5. Przykłady

187. Stopień uwspólnienia kosztów i możliwość powstania zmowy

Przykład 1

Sytuacja: przedsiębiorstwa A i B, dwóch dostawców produktu X, podejmuje decyzję o zamknięciu posiadanych przez nich aktualnie starych zakładów produkcyjnych i o wybudowaniu większego, nowoczesnego 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, którzy wykorzystują w pełni moce produkcyjne swoich zakładów, nie planują podobnych inwestycji. Przedsiębiorstwa A i B mają udział w rynku wynoszący odpowiednio 20 % i 25 %. Ich produkty są najbardziej zbliżonymi substytutami w danym segmencie rynku, który jest skoncentrowany. Rynek jest przejrzysty i się raczej nie rozwija, nie pojawiają się nowi uczestnicy rynku, a udziały w rynku nie zmieniają się w czasie. Koszty produkcji produktu X stanowią większą część kosztów zmiennych związanych z tym 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: 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, jeśli decydowałyby o tym niezależnie od siebie. W świetle ograniczonych zdolności produkcyjnych konkurentów zmniejszenie produkcji mogłoby prowadzić do podwyższenia cen.

Nawet gdyby przedsiębiorstwa A i B nie dzieliły większości swoich kosztów zmiennych, lecz jedynie ich znaczną część, to porozumienie produkcyjne mogłoby prowadzić do zмовy między A i B, pośrednio eliminując konkurencję między stronami. Prawdopodobieństwo wystąpienia tej sytuacji zależy nie tylko od kwestii uwspólnienia kosztów (które są w tym przypadku wysokie), lecz także od cech rynku właściwego, takich jak na przykład przejrzystość, stabilność i poziom koncentracji.

W każdej z dwóch sytuacji prawdopodobne jest w konfiguracji rynku omawianej w tym przykładzie, że produkcyjny wspólny przedsiębiorca 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 większym, nowoczesnym i bardziej wydajnym 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 zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

188. Powiązania między konkurentami i możliwość powstania zмовy

Przykład 2

Sytuacja: dwóch dostawców, przedsiębiorstwa A i B, zakłada produkcyjnego wspólnego przedsiębiorcę na potrzeby produktu Y. Przedsiębiorstwa A i B mają udział w rynku produktu Y wynoszący po 15 %. Na rynku jest również 3 innych uczestników: przedsiębiorstwo C, którego udział w rynku wynosi 30 %, przedsiębiorstwo D – 25 % i przedsiębiorstwo E – 15 %. Przedsiębiorstwo B posiada już wspólny zakład produkcyjny z przedsiębiorstwem D.

Analiza: rynek cechuje niewielka liczba uczestników oraz raczej symetryczna struktura. 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 zмовy 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, korzyści z którego zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

189. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku niższego szczebla

Przykład 3

Sytuacja: przedsiębiorstwa A i B zakładają produkcyjnego wspólnego przedsiębiorcę dla potrzeb półproduktu X, pokrywającego całość produkcji tego półproduktu. 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 przedsiębiorstwa 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 zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B posiadają udział w rynku półproduktu X wynoszący 40 %. 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. Powyższe porozumienie powoduje korzyści skali.

Analiza: w ramach produkcyjnego wspólnego przedsiębiorcy przedsiębiorstwa A i B byłyby w stanie kontrolować w dużej mierze dostawy istotnego środka produkcji, jakim jest X dla ich konkurentów na rynku produktu Y. Umożliwiłoby to przedsiębiorstwom A i B zwiększenie kosztów ich rywali 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 przewyższą skutki ograniczające konkurencję, w związku z czym porozumienie to najprawdopodobniej nie spełniłoby kryteriów określonych w art. 101 ust. 3.

190. Porozumienie specjalizacyjne jako podział rynku

Przykład 4

Sytuacja: zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B produkują oba produkty X i Y. Udział przedsiębiorstwa A w rynku w przypadku X wynosi 30 %, a w przypadku Y – 10 %. Natomiast udział przedsiębiorstwa B w rynku w przypadku produktu X wynosi 10 %, a w przypadku produktu Y – 30 %. W celu osiągnięcia korzyści skali 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. 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 ze względu na korzyści skali, a skoncentrowanie się wyłącznie na jednym produkcie umożliwi ulepszenie ich technologii produkcyjnych, co z kolei wpłynie na zwiększenie jakości produktów.

Analiza: w odniesieniu do skutków dla konkurencji na rynku takie porozumienie specjalizacyjne jest podobne do najbardziej szkodliwych karteli, w ramach których strony dzielą rynek między sobą. W związku z tym porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel. Ponieważ przyrost wydajności, na który się wskazuje, w postaci korzyści skali i poprawy technologii produkcji wiąże się wyłącznie z podziałem rynku, istnieje małe prawdopodobieństwo, że przewyższy on skutki ograniczające konkurencję, w związku z czym porozumienie nie spełniłoby kryteriów określonych w art. 101 ust. 3. Przeciwnie 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.

Analiza byłaby odmienna, gdyby przedsiębiorstwa A i B dokonywały wzajemnych dostaw produktu stanowiącego główny przedmiot ich produkcji, tak aby mogły nadal sprzedawać zarówno produkt X jak i Y. W takim przypadku przedsiębiorstwa A i B mogłyby nadal konkurować cenowo na obu rynkach, w szczególności jeżeli koszty produkcji (które stają się wspólne w ramach porozumienia produkcyjnego) nie stanowiłyby znacznej części kosztów zmiennych ich produktów. Istotnymi kosztami w tym przypadku są koszty komercjalizacji. Istniałoby zatem małe prawdopodobieństwo, że porozumienie specjalizacyjne spowoduje ograniczenie konkurencji, jeżeli produkty X i Y byłyby w dużym stopniu różnorodne, przy znacznym udziale kosztów wprowadzania do obrotu i kosztów dystrybucji (np. co najmniej 65-70 % kosztów całkowitych). W takim scenariuszu ryzyko zmowy nie byłoby duże i mogłyby zostać spełnione kryteria określone w art. 101 ust. 3, pod warunkiem że korzyści z przyrostu wydajności zostałyby przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wynikające z porozumienia.

191. Potencjalni konkurenci

Przykład 5

Sytuacja: przedsiębiorstwo A produkuje produkt końcowy X, natomiast przedsiębiorstwo B — produkt końcowy Y. Produkty X i Y stanowią dwa oddzielne rynki produktowe, na których odpowiednio przedsiębiorstwo A i B posiadają silną pozycję rynkową. Oba przedsiębiorstwa stosują Z jako składnik do produkcji produktów X i Y oraz oba produkują Z jedynie na użytek własny. Produkt X jest produktem o małej wartości dodanej, w związku z czym Z stanowi istotny składnik (X powstaje w wyniku dość prostego przetworzenia składnika Z). Produkt Y jest produktem o dużej wartości dodanej, dlatego też Z jest jednym z wielu składników (Z stanowi niewielką część kosztów zmiennych produktu Y). Przedsiębiorstwa A i B uzgadniają, że będą razem produkować Z, co pozwoli wygenerować niewielkie korzyści skali.

Analiza: przedsiębiorstwa A i B nie są faktycznymi konkurentami w odniesieniu do X, Y i Z. Ponieważ produkt X stanowi jednak przetworzony w prosty sposób składnik Z, istnieje prawdopodobieństwo łatwego wejścia przedsiębiorstwa B na rynek produktu X i w związku z tym zagrożenia pozycji przedsiębiorstwa A na tym rynku. Porozumienie dotyczące wspólnej produkcji dotyczące składnika Z może zmniejszyć zachęty dla przedsiębiorstwa B do takiego działania ze względu na fakt, że po pierwsze wspólna produkcja może służyć do płatności równoległych, a po drugie wspólna produkcja może ograniczać możliwość sprzedaży produktu X przez przedsiębiorstwo B (ponieważ przedsiębiorstwo A może przejąć kontrolę nad ilością Z kupowanego przez przedsiębiorstwo B od wspólnego przedsiębiorcy). Możliwość wejścia przedsiębiorstwa B na rynek produktu X przy braku porozumienia zależy jednak od przewidywanej rentowności takiego wejścia.

Ponieważ X jest produktem o małej wartości dodanej, wejście na rynek może nie być rentowne, a zatem wejście przedsiębiorstwa B mogłoby okazać się mało prawdopodobne w sytuacji braku porozumienia. Biorąc pod uwagę fakt, że przedsiębiorstwa A i B mają już władzę rynkową, porozumienie może wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, jeżeli rzeczywiście spowoduje ono zmniejszenie prawdopodobieństwa wejścia przedsiębiorstwa B na rynek przedsiębiorstwa A, tj. rynek produktu X. Przyrost wydajności w postaci korzyści skali wygenerowanych w ramach porozumienia jest niewielki i w związku z tym jest mało prawdopodobne, że przewyższy on skutki ograniczające konkurencję.

192. Wymiana informacji w ramach porozumienia produkcyjnego

Przykład 6

Sytuacja: przedsiębiorstwa A i B posiadające silną władzę rynkową decydują się na rozpoczęcie wspólnej produkcji w celu osiągnięcia większej wydajności. W ramach takiego porozumienia przedsiębiorstwa wymieniają się w sposób poufny informacjami na temat swoich przyszłych cen. Porozumienie nie obejmuje wspólnej dystrybucji.

Analiza: taka wymiana informacji zwiększa prawdopodobieństwo powstania zмовы i może w związku z tym prawdopodobnie ma na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Spełnienie kryteriów określonych w art. 101 ust. 3 byłoby mało prawdopodobne, ponieważ wymiana informacji na temat przyszłych cen stron nie jest konieczna do celów wspólnej produkcji i uzyskania odpowiedniej oszczędności kosztów.

193. Swapy i wymiana informacji

Przykład 7

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. 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 posiada udział w ogólnounijnym rynku Z wynoszący 20 %, a przedsiębiorstwo B – 25 %. W rynku produktu Z uczestniczy czterech innych producentów, posiadających udziały w rynku wynoszące 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 A posiada także szereg klientów w Europie południowej. Mimo że większość klientów przedsiębiorstwa B znajduje się w Europie południowej, przedsiębiorstwo B posiada także szereg 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 stopniu, by dostawy przedsiębiorstwa A do Europy południowej i dostawy przedsiębiorstwa B do Europy północnej były nierentowne. Koszty transportu z państwa członkowskiego X do Europy południowej są niższe niż z państwa członkowskiego Y do Europy północnej.

Przedsiębiorstwa A i B decydują, że bardziej wydajnym rozwiązaniem byłoby zakończenie 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 utrzymać swoich klientów. W tym celu przedsiębiorstwa A i B planują zawrzeć umowę swapową, pozwalającą im na zakup uzgodnionej rocznej ilości produktu 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 wymiany części wyprodukowanych towarów sam w sobie nie wywołuje problemów w zakresie konkurencji. W planowanej umowie swapowej między przedsiębiorstwa A i B przewiduje się jednak wymianę danych na temat kosztów produkcji i transportu obu stron w odniesieniu do produktu Z. Ponadto

przedsiębiorstwa A i B posiadają silną łączną pozycję rynkową na dość skoncentrowanym rynku jednolitego produktu towarowego. W związku z tym, ze względu na szeroko zakrojoną wymianę informacji na temat najważniejszego parametru 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 zмовy. Chociaż porozumienie spowoduje znaczny przyrost wydajności w postaci oszczędności kosztów dla stron, wynikające z porozumienia ograniczenia konkurencji 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.

5. POROZUMIENIA O ZAKUPACH

5.1. Definicja

194. Przedmiotem niniejszego rozdziału są porozumienia dotyczące wspólnych zakupów produktów. Wspólne zakupy mogą być dokonywane przez wspólnie kontrolowane przedsiębiorstwo, przez przedsiębiorstwo, w którym duża liczba innych przedsiębiorstw posiada udziały mniejszościowe, w ramach porozumienia umownego lub nawet w ramach swobodniejszych form współpracy (wszystkie te formy będą łącznie zwane „porozumieniami o wspólnych zakupach”). Celem porozumień o wspólnych zakupach jest zwykle wygenerowanie siły nabywczej, której skutkiem mogą być niższe ceny lub wyższa jakość produktów i usług dla konsumentów. Siła nabywcza może jednak w pewnych okolicznościach spowodować także problemy w zakresie konkurencji.
195. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą obejmować porozumienia horyzontalne i porozumienia wertykalne. W takich przypadkach należy przeprowadzić analizę dwuetapową. Po pierwsze, porozumienia horyzontalne między przedsiębiorstwami biorącymi udział we wspólnych zakupach 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 właściwych porozumień wertykalnych. Druga z ocen zostanie przeprowadzona zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych i wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.
196. Powszechną formą porozumień o wspólnych zakupach jest „alians” tj. stowarzyszenie przedsiębiorstw utworzone przez grupę detalistów do celów wspólnych zakupów produktów. Porozumienia horyzontalne zawarte między członkami aliansu lub decyzje podjęte przez alians muszą być ocenione najpierw jako horyzontalne porozumienie kooperacyjne zgodnie z niniejszymi wytycznymi. Wyłącznie jeżeli ocena taka nie ujawnia problemów w zakresie konkurencji, zasadne staje się dokonanie oceny właściwych porozumień wertykalnych między aliansem a jego indywidualnymi członkami oraz między aliansem a dostawcami. Porozumienia te są objęte – z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków – rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych. Porozumienia wertykalne, które nie są objęte tym rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, nie są uznawane za niezgodne z prawem, lecz wymagają przeprowadzenia indywidualnego badania.

5.2. Rynki właściwe

197. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą wpływać na dwa rodzaje rynków. Po pierwsze na rynki, których porozumienie o wspólnych zakupach bezpośrednio dotyczy, tj. rynek właściwy (rynek właściwy) zakupu. Po drugie na rynki zbytu, tj. rynki niższego szczebla, na których strony porozumienia o wspólnych zakupach prowadzą działalność jako sprzedający.
198. Definicja rynków właściwych zakupu jest zgodna z zasadami przedstawionymi w obwieszczeniu w sprawie definicji rynku i opiera się na pojęciu substytucyjności do celów określania presji konkurencyjnej. Jedyną różnicą między powyższą definicją a definicją „rynków zbytu” jest konieczność określania substytucyjności z punktu widzenia podaży, a nie z punktu widzenia popytu. Innymi słowy, alternatywne rozwiązania, jakimi dysponują dostawcy są decydujące w określaniu presji konkurencyjnej wywieranej na nabywców. 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.
199. 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.

5.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

5.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

200. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję na rynkach zakupu lub rynkach zbytu niższego szczebla, takie jak podwyższone ceny, zmniejszona sprzedaż, jakość i zróżnicowanie produktów, lub innowacje, podział rynku lub antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku dla innych możliwych nabywców.
201. Jeżeli konkurenci na rynku niższego szczebla kupują znaczną część swoich produktów wspólnie, zachęty do prowadzenia konkurencji cenowej na rynkach zbytu mogą ulec poważnemu zmniejszeniu. W przypadku, w którym strony posiadają znaczny stopień władzy rynkowej (która nie musi osiągać poziomu oznaczającego dominację) na rynkach zbytu, istnieje prawdopodobieństwo, że korzyści z niższych cen nabycia uzyskane w ramach porozumienia o wspólnych zakupach nie zostaną przeniesione na konsumentów.
202. Jeżeli strony posiadają znaczny stopień władzy rynkowej na rynku zakupu (siłę nabywczą), istnieje ryzyko, że mogą one zmusić dostawców do zmniejszenia zakresu lub jakości produkowanych przez nich produktów, co może spowodować skutki ograniczające konkurencję, takie jak obniżenie jakości, porzucanie działań w zakresie innowacji lub ostatecznie podaż na poziomie poniżej wielkości optymalnej.
203. Siła nabywczą stron porozumienia o wspólnych zakupach mogłaby zostać wykorzystana do zamknięcia dostępu do rynku dla konkurujących nabywców przez ograniczenie ich dostępu do dostawców, z którymi współpraca jest opłacalna. Jest to najbardziej prawdopodobne, jeżeli istnieje ograniczona liczba dostawców oraz bariery wejścia na rynek wyższego szczebla po stronie podaży.
204. 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).

5.3.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

205. Porozumienia o wspólnych zakupach ograniczają konkurencję ze względu na cel, jeżeli w rzeczywistości nie dotyczą wspólnych zakupów, lecz służą jako narzędzie udziału w ukrytym kartelu, tj. zabronionym ustalaniu cen, ograniczaniu produkcji lub podziale rynku.
206. Celem porozumień, w ramach których dochodzi do ustalania cen nabycia, może być ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1⁽¹⁾. Sytuacja taka nie występuje jednak, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach uzgadniają ceny nabycia, które mogą być w ramach takiego porozumienia płacone na rzecz dostawców za produkty objęte umową na dostawę. W tym przypadku wymagana jest ocena w celu ustalenia, czy porozumienie może wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101. ust. 1. W obu scenariuszach porozumienie o cenach nabycia nie będzie oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia o zakupach na rynku.

5.3.3. Skutki ograniczające konkurencję

207. Porozumienia o wspólnych zakupach, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, muszą być analizowane w kontekście prawnym i gospodarczym w odniesieniu do ich faktycznych i prawdopodobnych skutków dla konkurencji. Analiza skutków ograniczających konkurencję wynikających z porozumienia o wspólnych zakupach musi obejmować negatywne skutki zarówno dla rynków zakupu, jak i dla rynków zbytu.

Władza rynkowa

208. Nie istnieje żaden bezwzględny próg, powyżej którego można by zakładać, że strony porozumienia o wspólnych zakupach posiadają władzę rynkową i może 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.

⁽¹⁾ Zob. art. 101 ust. 1 lit. a); sprawy połączone T-217/03 i T-245/03, *French Beef*, pkt 83 i nast.; sprawa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, pkt 37.

209. 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, które nie mieści się we wspomnianym obszarze bezpieczeństwa, wymaga przeprowadzenia szczegółowej oceny jego skutków dla rynku, obejmującej czynniki takie jak skoncentrowanie rynku i ewentualną równoważącą pozycję silnych dostawców, która jednak nie ogranicza się do tych czynników.
210. Siła nabywczą może w pewnych sytuacjach spowodować skutki ograniczające konkurencję. Istnieje prawdopodobieństwo pojawienia się antykonkurencyjnej siły nabywczej, jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach obejmuje wystarczająco dużą część całkowitej wielkości rynku zakupu, w wyniku czego dostęp do rynku dla konkurujących nabywców może zostać zamknięty. Duży stopień siły nabywczej może mieć pośredni wpływ na produkcję oraz jakość i zróżnicowanie produktów na rynku zbytu.
211. 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.
212. Jeżeli jednak współpracują ze sobą konkurujący nabywcy, którzy nie prowadzą działalności na tym samym rynku właściwym (np. detaliści, którzy prowadzą działalność na różnych rynkach geograficznych i nie mogą być uznani za potencjalnych konkurentów), jest mało prawdopodobne, że porozumienie o wspólnych zakupach wywoła skutki ograniczające konkurencję, chyba że strony posiadają taką pozycję na rynkach zakupu, która mogłaby zostać wykorzystana ze szkodą dla pozycji konkurencyjnej innych uczestników na ich odpowiednich rynkach zbytu.

Zmowa

213. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą prowadzić do powstania zmowy, jeżeli ułatwiają koordynację zachowań stron na rynku zbytu. Może to mieć miejsce w przypadku, w którym strony osiągną wysoki stopień uwspólnienia kosztów w ramach wspólnych zakupów, pod warunkiem, że strony mają władzę rynkową, a cechy rynku sprzyjają koordynacji.
214. Wystąpienie skutków ograniczających konkurencję jest bardziej prawdopodobne w przypadku znacznych wspólnych kosztów zmiennych na rynku właściwym niższego szczebla 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.
215. Wdrożenie porozumienia o wspólnych zakupach może wymagać wymiany informacji objętych tajemnicą handlową, takich jak dane na temat cen 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 zmowy na rynkach zbytu. Skutki uboczne wynikające z wymiany informacji objętych tajemnicą handlową można na przykład zminimalizować, jeżeli dane są porównywane przez organizację odpowiedzialną za wspólne zakupy, która nie przekazuje informacji swoim członkom.
216. Wszelkie negatywne skutki wynikające z wymiany informacji nie będą oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia. Prawdopodobieństwo wywołania skutków ograniczających konkurencję przez wymianę informacji w kontekście porozumienia o wspólnych zakupach należy oceniać zgodnie z wytycznymi zawartymi w rozdziale 2. Jeżeli wymiana informacji nie wykracza poza dzielenie się danymi niezbędnymi do 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.

5.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

5.4.1. Przyrost wydajności

217. 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 wprowadzanie na rynek nowych lub ulepszonych produktów.

5.4.2. Niezbędność

218. 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 wyłącznie w ramach współpracy może w niektórych przypadkach być konieczne do osiągnięcia wielkości zakupów niezbędnej do osiągnięcia korzyści skali. Takie zobowiązanie musi być jednak oceniane w kontekście indywidualnego przypadku.

5.4.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

219. Korzyści z przyrostu wydajności, w postaci m.in. oszczędności 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 zakupach. Oszczędność kosztów należy przenieść na konsumentów, tj. na konsumentów stron. Dobrym przykładem przeniesienia korzyści na konsumentów mogą być niższe ceny na rynkach zbytu. Jest mało prawdopodobne, że niższe ceny nabycia wynikające jedynie z wykorzystywania siły nabywczej zostaną przeniesione na konsumentów, jeżeli nabywcy posiadają razem władzę rynkową na rynkach zbytu i nie spełniają w związku z tym kryteriów określonych w art. 101 ust. 3. Ponadto im większy jest poziom władzy rynkowej stron na rynku lub rynkach zbytu, tym mniej prawdopodobne będzie przeniesienie przyrostu wydajności na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

5.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

220. 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.

5.5. Przykłady

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

Przykład 1

Sytuacja: stu pięćdziesięciu małych detalistów zawiera porozumienie o utworzeniu organizacji odpowiedzialnej za wspólne zakupy. W ramach organizacji są oni zobowiązani do zakupu minimalnej ilości, która odpowiada w przybliżeniu 50 % całkowitych kosztów każdego detalisty. Detaliści mogą w ramach organizacji 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. Przedsiębiorstwa A i B są ich dwoma dużymi konkurentami. Udział przedsiębiorstwa A w każdym ze wspomnianych rynków wynosi 25 %, zaś udział przedsiębiorstwa B wynosi 35 %. Nie istnieją bariery utrudniające utworzenie grupy dokonującej zakupów także przez pozostałych mniejszych konkurentów. Dzięki dokonywaniu wspólnych zakupów w ramach organizacji odpowiedzialnej za zakupy 150 detalistów osiąga znaczną oszczędność kosztów.

Analiza: detaliści posiadają umiarkowaną pozycję rynkową na rynkach zakupu i rynkach zbytu. Ponadto współpraca przynosi pewne korzyści 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 jest większe od organizacji odpowiedzialnej za wspólne zakupy. W związku z tym prawdopodobieństwo, że detaliści będą koordynować swoje zachowania i zawrą znowu jest niewielkie. Dlatego też utworzenie organizacji odpowiedzialnej za wspólne zakupy prawdopodobnie nie wywoła skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

222. Stopień ujednoczenia kosztów i władza rynkowa na rynku zbytu

Przykład 2

Sytuacja: dwie sieci supermarketów zawierają porozumienie w celu dokonywania wspólnych zakupów produktów odpowiadających w przybliżeniu 80 % ich kosztów zmiennych. Strony posiadają łączny udział w rynkach wynoszący 25-40 % na rynkach właściwych zakupu w odniesieniu do różnych kategorii produktów. Łączny udział stron w rynku właściwym zbytu wynosi 60 %.

Istnieje także czterech innych znaczących detalistów, a udział każdego z nich w rynku wynosi 10 %. 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 zмовy. Strony posiadają władzę rynkową na rynku zbytu, 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 zмовy. 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, że porozumienie o zakupach spełnia kryteria określone w art. 101 ust. 3.

223. Strony prowadzące działalność na różnych rynkach geograficznych

Przykład 3

Sytuacja: sześciu dużych detalistów, z których każdy posiada siedzibę w innym państwie członkowskim, ustanawia grupę zakupową, 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 nich oferuje podobne produkty pod własną marką. Członkowie grupy zakupowej posiadają łączny udział w ogólnounijnym rynku właściwym zakupu wynoszący około 22 %. W rynku uczestniczą trzy inne duże podmioty o podobnej wielkości. Każda ze stron grupy zakupowej posiada wynoszący około 20-30 % udział w krajowych rynkach zbytu, na których prowadzi działalność. 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: grupa zakupowa będzie zdolna do konkurowania z innymi działającymi dużymi uczestnikami rynku zakupu. Rynki zbytu są o wiele mniejsze (pod względem obrotów i zasięgu geograficznego) od ogólnounijnego rynku zakupu i na takich rynkach niektórzy członkowie grupy mogą mieć władzę rynkową. Nawet jeżeli członkowie grupy zakupowej posiadają łączny udział w rynku zakupu wynoszący powyżej 15 %, jest mało prawdopodobne, że strony koordynują swoje zachowania oraz uczestniczą w zмовie na rynkach zbytu, ponieważ nie są faktycznymi ani potencjalnymi konkurentami na rynkach niższego szczebla. Dlatego też grupa zakupowa prawdopodobnie nie wywoła skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

224. Wymiana informacji

Przykład 4

Sytuacja: trzech konkurujących ze sobą producentów A, B i C powierza niezależnej organizacji odpowiedzialnej za wspólne zakupy 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 wyrobieniu produktu X. Organizacja odpowiedzialna za wspólne zakupy 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 organizacji odpowiedzialnej za wspólne zakupy, nie ujawnia się ich natomiast pozostałym stronom. Organizacja odpowiedzialna za wspólne zakupy 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, że przekazywanie informacji niezbędnych do celów zakupów do organizacji odpowiedzialnej za wspólne zakupy doprowadzi do powstania zмовy. W związku z tym jest mało prawdopodobne, że wymiana informacji spowoduje skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

6. POROZUMIENIA O KOMERCJALIZACJI

6.1. Definicja

225. 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.
226. Ważną kategorią tych porozumień o bardziej ograniczonym zakresie są porozumienia dystrybucyjne. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych oraz wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych zasadniczo obejmują porozumienia dystrybucyjne, chyba że strony porozumienia są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Jeżeli strony są konkurentami, rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych obejmuje jedynie zawierane między konkurentami porozumienia wertykalne o charakterze niewzajemnym, jeżeli a) dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, podczas gdy nabywca jest dystrybutorem, a nie przedsiębiorstwem konkurującym na szczeblu wytwórstwa, lub b) dostawca świadczy usługi na kilku poziomach obrotu handlowego, natomiast nabywca dostarcza towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie świadczy usług konkurencyjnych na tym poziomie obrotu, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem⁽¹⁾.
227. Jeżeli konkurenci zgodzą się dystrybuować swoje produkty substytucyjne na zasadzie wzajemności (w szczególności jeżeli prowadzą takie działania na różnych rynkach geograficznych), w niektórych przypadkach istnieje możliwość, że celem lub skutkiem tych porozumień będzie podział rynków między stronami lub że doprowadzą one do zмовy. To samo może dotyczyć porozumień o charakterze niewzajemnym zawieranych między konkurentami. Porozumienia wzajemne i porozumienia o charakterze niewzajemnym zawierane między konkurentami 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 w sprawie ograniczeń wertykalnych.
228. 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 określić środek ciężkości współpracy zgodnie z pkt 13 i 14.

6.2. Rynki właściwe

229. Aby ocenić stosunek konkurencyjny między stronami, należy określić produktowy i geograficzny rynek właściwy lub rynki właściwe, których bezpośrednio dotyczy współpraca (tj. rynek lub rynki, do których należą produkty będące przedmiotem porozumienia). Jako że porozumienie o komercjalizacji na jednym rynku może również wpływać na konkurencyjne zachowanie stron na rynku sąsiednim, który jest blisko związany z rynkiem bezpośrednio objętym współpracą, należy również określić każdy taki rynek sąsiedni. Rynek sąsiedni może być horyzontalnie lub wertykalnie powiązany z rynkiem, na którym odbywa się współpraca.

⁽¹⁾ Art. 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych.

6.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

6.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

230. Porozumienia o komercjalizacji mogą prowadzić do ograniczeń konkurencji na kilka sposobów. Po pierwsze i najbardziej oczywiste, porozumienia o komercjalizacji mogą prowadzić do ustalania cen.
231. Po drugie, porozumienia o komercjalizacji mogą również ułatwiać ograniczenie produkcji, ponieważ strony mogą decydować o ilości produktów wprowadzanych do obrotu, tym samym ograniczając podaż.
232. 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.
233. Ponadto porozumienia o komercjalizacji mogą również prowadzić do wymiany strategicznych informacji odnoszących się do kwestii leżących w zakresie współpracy lub poza nią lub do ujednoczenia kosztów – w szczególności w odniesieniu do porozumień, które nie obejmują ustalania cen – co może skutkować znową.

6.3.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

234. Jednym z najważniejszych problemów w zakresie konkurencji wynikających z porozumień o komercjalizacji między konkurentami jest ustalanie cen. Na ogół celem porozumień poprzestających na wspólnej sprzedaży jest koordynacja 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.
235. Ocena ta nie ulega zmianie, jeżeli porozumienie nie ma charakteru wyłącznego, tj. gdy strony mogą swobodnie sprzedawać poza porozumieniem, dopóki można stwierdzić, że dane porozumienie będzie prowadziło do ogólnej koordynacji cen nakładanych przez strony.
236. Innym szczególnym problemem w zakresie konkurencji związanym z porozumieniami dystrybucyjnymi między stronami prowadzącymi działalność na różnych rynkach geograficznych jest to, że mogą one stać się narzędziem podziału rynku. W przypadku gdy strony stosują wzajemne porozumienie dystrybucyjne do wzajemnej dystrybucji produktów w celu eliminowania faktycznej lub potencjalnej konkurencji między nimi poprzez umyślny podział rynków lub klientów, jest prawdopodobne, że celem porozumienia 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.

6.3.3. Skutki ograniczające konkurencję

237. 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. Szczególnym zastosowaniem tej zasady byłyby umowy konsorcyjne, które umożliwiają uczestniczącym przedsiębiorstwom udział w projektach, których nie byłyby w stanie podjąć indywidualnie. Ponieważ strony umów konsorcyjnych nie są zatem potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu, nie dochodzi do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.
238. Podobnie nie wszystkie wzajemne porozumienia dystrybucyjne mają na celu ograniczanie konkurencji. W zależności od stanu faktycznego w danym przypadku niektóre wzajemne porozumienia dystrybucyjne mogą jednak wywołać skutki ograniczające konkurencję. Kluczowym zagadnieniem przy ocenie tego rodzaju porozumienia 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 zmniejsza 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.

239. Ponadto porozumienie dystrybucyjne może mieć skutki ograniczające konkurencję, jeżeli zawiera ograniczenia wertykalne, na przykład ograniczenie biernej sprzedaży lub narzucenie cen odsprzedaży itd.

Władza rynkowa

240. Porozumienia o komercjalizacji między konkurentami mogą mieć skutki ograniczające konkurencję jedynie wówczas, gdy strony porozumienia posiadają pewną władzę rynkową. W większości przypadków istnienie władzy rynkowej nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 15 %. W każdym razie, jeżeli łączny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, prawdopodobnie warunki określone w art. 101 ust. 3 są spełnione.
241. Jeżeli łączny udział stron w rynku jest większy niż 15 %, porozumienie między nimi będzie wykraczać poza obszar bezpieczeństwa określony w pkt 241 i należy ocenić prawdopodobny wpływ porozumienia o wspólnej komercjalizacji na rynek.

Zmowa

242. Porozumienie o wspólnej komercjalizacji, które nie obejmuje ustalania cen, 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, ponieważ ich dodatkowy wzrost (tj. koszty 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.
243. 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 jednak ryzyko zmywy, jeżeli porozumienie o komercjalizacji dotyczy produktów, które wiążą się z kosztowną komercjalizacją, np. wysokimi kosztami związanymi z dystrybucją lub obrotem. W związku z tym porozumienia dotyczące wspólnej reklamy i promocji również mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję w przypadku, gdy koszty te stanowią znaczący czynnik kosztów.
244. 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 zmywy w odniesieniu do działań stron w ramach współpracy lub poza nią. Wszelkie negatywne skutki wynikające z wymiany informacji nie będą oceniane oddzielnie, lecz w świetle ogólnych skutków porozumienia.
245. Na przykład wymiana informacji o cenach między stronami porozumienia dotyczącego wspólnej reklamy może doprowadzić do zmywy w odniesieniu do sprzedaży wspólnie reklamowanych produktów. W każdym razie wymiana takich informacji w kontekście porozumienia dotyczącego wspólnej reklamy wykracza poza to, co byłoby konieczne do wdrożenia tego porozumienia. 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 wytycznych zawartych w rozdziale 2.

6.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

6.4.1. Przyrost wydajności

246. 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, a 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.
247. 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.
248. 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, istnieje prawdopodobieństwo, że jest ona ukrytym kartelem i jako taka nie może spełnić warunków określonych w art. 101 ust. 3.

6.4.2. Niezbędność

249. 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.

6.4.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

250. 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.

6.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

251. 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.

6.5. Przykłady

252. 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. Strony nie byłyby jednak 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. W takiej sytuacji porozumienie nie powodowałoby 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.

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

Przykład 2

Sytuacja: zachodzą te same okoliczności co w przykładzie 1, pkt 252, ale istnieje jedna zasadnicza różnica: aby zapewnić rentowność projektu, porozumienie mogłoby być realizowane 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 może być realizowane 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). Jako że wspólny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, prawdopodobnie w wystarczającym stopniu przeniosą one 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.

254. Wspólna platforma internetowa

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 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 % przeznaczają 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, mogą oni 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. 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.

255. Wspólny przedsiębiorca w zakresie sprzedaży

Przykład 4

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 to, 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 przekaznik do przydzielania zamówień zakładom produkcyjnym. Z tego względu jest mało prawdopodobne, że jakiegokolwiek 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 zostałyby spełnione.

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

Przykład 5

Sytuacja: przedsiębiorstwa A i B są konkurentami w zakresie świadczenia usług sprzątnięcia 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 sprzątnięcia 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 sprzątnięcia 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 zwrócą. Bez „klauzuli o zakazie przejmowania klientów” przedsiębiorstwo A nie zawarłoby z przedsiębiorstwem B ani z żadnym innym podmiotem porozumienia w sprawie outsourcingu.

Analiza: porozumienie w sprawie outsourcingu pozbawia przedsiębiorstwo B niezależności świadczenia usług sprzątnięcia na rzecz małych klientów przedsiębiorstwa A, ponieważ nie będą oni mogli wejść w bezpośrednie stosunki umowne z przedsiębiorstwem B. Klienci ci stanowią jednak jedynie 1/3 bazy klientów przedsiębiorstwa A, tj. 5% rynku. Nadal będą mogli zwrócić się do konkurentów przedsiębiorstw A i B, którzy reprezentują 70% rynku. Porozumienie w sprawie outsourcingu nie umożliwi zatem przedsiębiorstwu A odpłatnego podniesienia opłat klientom objętym porozumieniem. Ponadto nie jest prawdopodobne, że porozumienie doprowadzi do zmywy, 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 klientach. W związku z tym nie jest prawdopodobne, że porozumienie w sprawie outsourcingu wywołuje skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

7. POROZUMIENIA STANDARYZACYJNE

7.1. Definicja

Porozumienia standaryzacyjne

257. Głównym celem porozumień standaryzacyjnych jest definiowanie wymogów technicznych lub jakościowych, które mogą spełniać obecne lub przyszłe produkty, procesy, usługi lub metody produkcji⁽¹⁾. 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. Niniejszy rozdział obejmuje również porozumienia zawierające normy regulujące oddziaływanie produktów lub procesów produkcji na środowisko.

⁽¹⁾ Normalizacja może przybierać różne formy, począwszy od przyjęcia przez uznane europejskie lub krajowe organy normalizacyjne norm opartych na konsensusie, poprzez konsorcja i fora, aż po umowy między poszczególnymi przedsiębiorstwami.

258. Niniejsze wytyczne nie obejmują przygotowania i tworzenia norm technicznych jako części wykonywania uprawnień publicznych⁽¹⁾. Europejskie organy normalizacyjne uznane na mocy dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 lipca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego⁽²⁾ podlegają prawu konkurencji w zakresie, w jakim mogą zostać uznane za przedsiębiorstwa lub stowarzyszenia przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 i 102⁽³⁾. Niniejsze wytyczne nie dotyczą norm związanych z usługami świadczonymi w ramach wolnych zawodów, takich jak zasady dopuszczenia do wykonywania tych zawodów.

Standardowe warunki

259. W niektórych branżach przedsiębiorstwa stosują standardowe warunki sprzedaży lub kupna opracowane przez stowarzyszenia handlowe lub bezpośrednio przez konkurujące przedsiębiorstwa („standardowe warunki”)⁽⁴⁾. 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 *de facto* uzgodnione⁽⁵⁾. Przykładami branż, w których standardowe warunki odgrywają ważną rolę, są sektor bankowości (np. warunki prowadzenia rachunków) i sektor ubezpieczeń.
260. 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.

7.2. Rynki właściwe

261. Porozumienia standaryzacyjne mogą wywierać skutki na czterech potencjalnych rynkach, które będą określone zgodnie z obwieszczeniem Komisji w sprawie definicji rynku. Po pierwsze, ustanawianie norm może wpłynąć na rynek lub rynki produktowe lub usługowe, których norma(-y) dotyczy(-ą). Po drugie, jeżeli ustanawianie norm obejmuje wybór technologii i jeżeli prawa własności intelektualnej są przedmiotem obrotu oddzielnie od produktów, z którymi są związane, norma może wpływać na rynek właściwy technologii⁽⁶⁾. Po trzecie, jeżeli istnieją różne organy lub porozumienia ustanawiające normy, może występować wpływ na rynek w odniesieniu do ustanawiania norm. Po czwarte, w stosownych przypadkach ustanawianie norm może wpływać na odrębny rynek testowania i certyfikacji.
262. 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.

7.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

7.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

Porozumienia standaryzacyjne

263. Porozumienia standaryzacyjne zwykle przynoszą duże pozytywne skutki gospodarcze⁽⁷⁾, 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.

⁽¹⁾ Zob. sprawa C-113/07, SELEX, Zb.Orz. 2009, s. I-2207, pkt 92.

⁽²⁾ Dz.U. L 204 z 21.7.1998, s. 37.

⁽³⁾ Zob. wyrok z dnia 12 maja 2010 r. w sprawie T-432/05 *EMC Development AB przeciwko Komisji*, Zb.Orz. II, dotychczas nieopublikowany.

⁽⁴⁾ Takie standardowe warunki mogą obejmować jedynie bardzo małą część klauzul zawartych w ostatecznej umowie albo też znaczną część tej umowy.

⁽⁵⁾ 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.

⁽⁶⁾ Zob. rozdział 3 dotyczący porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁷⁾ Zob. także pkt 308.

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, dostarczania informacji oraz zapewniania interoperacyjności i zgodności (zwiększając w ten sposób wartość dla konsumentów).

264. Ustanawianie norm może jednak w specyficznych okolicznościach wywołać skutki ograniczające konkurencję, potencjalnie ograniczając konkurencję cenową i ograniczając lub kontrolując produkcję, rynki, rozwój innowacyjny lub technologiczny. Może się to odbywać na trzy różne sposoby, tj. poprzez ograniczenie konkurencji cenowej, zamknięcie dostępu do innowacyjnych technologii bądź wykluczenie tychże albo dyskryminacyjne traktowanie niektórych przedsiębiorstw poprzez uniemożliwienie im faktycznego dostępu do normy.
265. Po pierwsze, zaangażowanie się przedsiębiorstw w antykonkurencyjne dyskusje w kontekście ustanawiania norm może spowodować zmniejszenie lub wyeliminowanie konkurencji cenowej na danych rynkach, co z kolei może ułatwić zawarcie zмовy na rynku ⁽¹⁾.
266. 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, a norma ustalona, konkurujące technologie i przedsiębiorstwa mogą napotkać barierę wejścia i mogą być potencjalnie wykluczone z rynku. Takie same skutki mogą mieć także normy wymagające, aby w odniesieniu do danej normy była stosowana wyłącznie pewna szczególna technologia, lub normy uniemożliwiające rozwój innych technologii poprzez zobowiązanie członków do wyłączonego stosowania danej normy. Ryzyko ograniczenia innowacji jest większe w przypadku bezzasadnego wykluczenia z procesu ustanawiania norm jednego lub kilku przedsiębiorstw.
267. W odniesieniu do norm obejmujących prawa własności intelektualnej (PWI) ⁽²⁾, teoretycznie można wyodrębnić trzy główne grupy przedsiębiorstw posiadających odmienne interesy co do ustanawiania norm ⁽³⁾. Pierwszą stanowią przedsiębiorstwa prowadzące działalność tylko na rynku wyższego szczebla, które wyłącznie opracowują i wprowadzają technologie do obrotu. 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 lub uniknięcie opłat licencyjnych. Ostatnią grupę stanowią przedsiębiorstwa zintegrowane wertykalnie, które zarówno opracowują technologie, jak i sprzedają produkty. 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. Mogą one zatem dokonywać wymiany posiadanych licencji na kluczowe PWI na licencje na kluczowe PWI będące w posiadaniu innych przedsiębiorstw.
268. Po trzecie normalizacja może mieć skutki antykonkurencyjne, ponieważ może uniemożliwić niektórym przedsiębiorstwom uzyskanie faktycznego dostępu do wyników procesu ustanawiania 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 potencjalne istotne PWI są z góry ujawniane, może zwiększyć prawdopodobieństwo udzielenia faktycznego dostępu do normy, ponieważ umożliwia on uczestnikom określenie, jakie technologie są objęte PWI, a jakie nie. Umożliwia to uczestnikom zarówno uwzględnienie wyników normy w potencjalnym wpływie na cenę końcową (np. wybór technologii, której nie towarzyszą PWI, będzie prawdopodobnie miał pozytywny wpływ na cenę końcową), oraz uzyskanie od uprawnionego z tytułu PWI ewentualnego potwierdzenia gotowości do udzielenia licencji na technologię, jeśli zostanie ona włączona do normy.

⁽¹⁾ W zależności od grona uczestniczących w procesie ustanawiania norm, ograniczenia mogą wystąpić na rynku znormalizowanych produktów ze strony dostawcy lub nabywcy.

⁽²⁾ W niniejszym rozdziale przez prawa własności intelektualnej rozumie się w szczególności patenty (z wyłączeniem niepublikowanych zgłoszeń patentowych). Jednakże, jeśli inna kategoria PWI daje w praktyce ich posiadaczowi kontrolę nad wykorzystaniem normy, należy stosować te same zasady.

⁽³⁾ W praktyce wiele przedsiębiorstw stosuje mieszankę tych modeli biznesowych.

269. Prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji umożliwić mają realizację tych samych celów ⁽¹⁾ – promowania innowacji i poprawy dobrobytu klientów. PWI promują dynamiczną konkurencję, zachęcając przedsiębiorstwa do inwestowania w opracowywanie nowych lub ulepszonych produktów i procesów. Prawa własności intelektualnej są zatem zasadniczo prokonkurencyjne. Jednakże przedsiębiorstwo posiadające PWI kluczowe dla wdrażania normy mogłoby – z racji posiadanych praw i w specyficznym kontekście ustanawiania norm – zyskać także kontrolę nad stosowaniem normy. Jeśli norma stanowi barierę wejścia na rynek, przedsiębiorstwo mogłoby tym samym kontrolować rynek produktowy lub usługowy, którego dotyczy ta norma. To z kolei mogłoby skłonić przedsiębiorstwa do antykonkurencyjnych zachowań, np. niedopuszczania do stosowania normy przez użytkowników po jej przyjęciu, bądź to przez odmowę udzielenia licencji na niezbędne PWI bądź przez narzucenie nadmiernie wysokich ⁽²⁾ opłat licencyjnych, co uniemożliwia faktyczny dostęp do normy. 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 przypadku.

Standardowe warunki

270. 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 odstępować od nich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach dużej 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 lub jego jakości i różnorodności.

271. 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.

272. 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, że powodują antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku.

7.3.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

Porozumienia standaryzacyjne

273. 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 znalazłoby 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 zmuwa osiągnięta przez producentów istniejącego produktu w celu wykluczenia nowej technologii z już istniejącej normy ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Zob. wytyczne dotyczące transferu technologii, pkt 7.

⁽²⁾ Wysokie opłaty licencyjne mogą zostać uznane za nadmiernie wysokie, jedynie jeśli spełnione zostają warunki nadużycia pozycji dominującej, określone w art. 102 Traktatu i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zob. np. sprawa 27/76, *United Brands*, Rec. 1978, s. 207.

⁽³⁾ Zob. np. decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, *Rury preizolowane*, Dz.U. L 24 z 30.1.1999, s. 1, 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” (pkt 147).

274. 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 cel ⁽¹⁾.

Standardowe warunki

275. 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.
276. 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.

7.3.3. Skutki ograniczające konkurencję

Porozumienia standaryzacyjne

Porozumienia zasadniczo niepowodujące ograniczenia konkurencji

277. Porozumienia standaryzacyjne, które nie ograniczają konkurencji ze względu na cel, muszą być analizowane w kontekście prawnym i gospodarczym w odniesieniu do ich rzeczywistych i prawdopodobnych skutków dla konkurencji. W przypadku braku władzy rynkowej ⁽²⁾ 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.
278. W odniesieniu do tych porozumień ustanawiających normy, które mogą powodować uzyskanie władzy rynkowej, w pkt 280–286 określono warunki, w których porozumienia te zasadniczo nie wchodziłyby w zakres stosowania art. 101 ust. 1.
279. 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 ustanawiania norm i że konkurencja w obrębie i pomiędzy tymi modelami stanowi pozytywny aspekt gospodarki rynkowej. W związku z tym organizacje ustanawiające normy mają całkowitą swobodę w ustanawianiu zasad i procedur, które nie naruszają reguł konkurencji, a jednocześnie różniących się od zasad opisanych w punktach 280–286.
280. Jeżeli uczestnictwo w ustanawianiu norm jest **nieograniczone**, a procedura przyjęcia danej normy – **przejrzysta**, porozumienie standaryzacyjne, które **nie przewiduje obowiązku zgodności** ⁽³⁾ z normą i zapewnia **dostęp do normy na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach**, zwykle nie będzie stanowił ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.
281. W szczególności, aby zapewnić **nieograniczone uczestnictwo**, zasady określone przez organizacje ustanawiające 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 ustanawiające 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.

⁽¹⁾ Powyższy punkt nie powinien uniemożliwiać jednostronnego ujawnienia *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji, jak zostało to opisane w pkt 299. Nie ogranicza on także możliwości tworzenia *patent pools* (zasobów patentowych), powstających zgodnie z zasadami określonymi w wytycznych dotyczących transferu technologii lub z decyzją bezpłatnego udzielenia licencji na PWI kluczowe dla normy, jak określono w niniejszym rozdziale.

⁽²⁾ Zob. analogicznie pkt 39 i kolejne. W odniesieniu do udziałów w rynku zob. również pkt 296.

⁽³⁾ Zob. również w tym zakresie pkt 293.

282. W odniesieniu do kwestii **przejrzystości**, właściwa organizacja ustanawiająca 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.
283. Ponadto zasady określone przez organizację ustanawiającą normy będą musiały gwarantować skuteczny **dostęp do normy na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach** ⁽¹⁾.
284. W przypadku norm obejmujących PWI, **wyraźna i wyważona polityka dotycząca PWI** ⁽²⁾, **dostosowana do konkretnej branży** i potrzeb danej organizacji ustanawiającej normy, zwiększa prawdopodobieństwo, że wdrażający normę posiadaczą będą faktyczny dostęp do norm opracowanych przez tę organizację.
285. 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**”) ⁽³⁾. Zobowiązania tego należy dokonać przed przyjęciem normy. Równocześnie polityka dotycząca PWI powinna zapewniać uprawnionym z tytułu PWI możliwość wyłączenia specyficznej technologii z procesu ustanawiania 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 biorących udział uprawnionych z tytułu 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).
286. 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. Umożliwiłoby to przedsiębiorstwom z danej branży dokonywanie świadomego wyboru technologii i przyczyniałoby się do realizacji celu faktycznego dostępu do normy. Tego rodzaju zobowiązanie do ujawniania mogłoby opierać się na ujawnianiu odbywającym się w miarę rozwijania normy i na rozsądnych staraniach zmierzających do wskazania PWI związanych z ewentualną normą ⁽⁴⁾. Wystarczające jest 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). Ponieważ zagrożenia dotyczące skutecznego dostępu nie są takie same w przypadku organizacji ustanawiającej normy, realizującej politykę norm objętych bezpłatną licencją, kwestia ujawniania PWI nie będzie miała znaczenia w tym kontekście.

Zobowiązania FRAND

287. 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 utrudnieniu przez właścicieli 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 licencyjnych.
288. Przestrzeganie art. 101 przez organizację ustanawiającą normy nie nakłada na tę organizację obowiązku weryfikacji, czy warunki udzielenia licencji stosowane przez uczestników realizują zobowiązanie FRAND. 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.

⁽¹⁾ Np. należy zapewnić faktyczny dostęp do specyfikacji normy.

⁽²⁾ Zgodnie z pkt 285 i 286.

⁽³⁾ Należy zauważyć, że FRAND może obejmować również nieodpłatne udzielanie licencji.

⁽⁴⁾ 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.

289. W przypadku sporu, aby ocenić, czy opłaty pobierane za udostępnienie PWI w kontekście ustanawiania norm są nieuczciwe lub nierozsądne, należy oszacować, czy istnieje rozsądna relacja pomiędzy opłatami a wartością gospodarczą PWI⁽¹⁾. Ocenę tą można zazwyczaj przeprowadzić na kilka różnych sposobów. Metody oparte na kosztach zasadniczo nie są najczęściej dobrze dostosowane do tego kontekstu ze względu na trudności w ocenie kosztów związanych z opracowywaniem określonego patentu lub grupy patentów. Zamiast tego możliwe jest porównanie opłat licencyjnych, które dane przedsiębiorstwo pobierało za odnośne patenty w konkurencyjnym otoczeniu zanim branża została uzależniona od normy (*ex ante*), z opłatami pobieranymi po uzależnieniu (*ex post*). Ta metoda zakłada, że porównania można dokonać w sposób spójny i wiarygodny⁽²⁾.
290. Inna metoda polega na uzyskaniu oceny niezależnego eksperta na temat obiektywnego kluczowego znaczenia odnośnego portfela PWI i jego przydatności dla danej normy. We właściwej sytuacji istnieje również możliwość odwołania się do ujawnień *ex ante* warunków udzielania licencji w kontekście danego procesu ustanawiania norm. Ta metoda również zakłada, że porównania można dokonać w sposób spójny i wiarygodny. Opłaty licencyjne pobierane za takie same PWI w przypadku innych, porównywalnych norm świadczyć mogą, że dane opłaty licencyjne są zgodne ze zobowiązaniem FRAND. Celem niniejszych wytycznych nie jest przedstawienie wyczerpującej listy właściwych metod oceny, czy opłaty licencyjne są nadmierne.
291. 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.

Ocena porozumień standaryzacyjnych oparta na skutkach

292. W ocenie każdego porozumienia standaryzacyjnego należy uwzględnić prawdopodobne skutki normy na danych rynkach. Następujące stwierdzenia odnoszą się do wszystkich porozumień standaryzacyjnych, które odbiegają od zasad określonych w punktach 280–286.
293. Prawdopodobieństwo wywierania skutków ograniczających konkurencję przez porozumienia standaryzacyjne może zależeć od tego, czy członkowie organizacji ustanawiającej normę zachowują **swobodę opracowywania alternatywnych norm lub produktów**, które nie są zgodne z uzgodnioną normą⁽³⁾. Na przykład, jeśli porozumienie ustanawiające normę 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 cel⁽⁴⁾. 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.
294. 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 ustanawiającej normy) nie mają wcale dostępu lub mają dostęp na dyskryminujących warunkach 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 dyskryminacji, zamknięcia dostępu do rynku lub segmentacji rynku w zależności od geograficznego zasięgu stosowania tych norm, a tym samym prawdopodobnie ograniczać konkurencję. 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.

(1) Zob. sprawa 27/76, *United Brands*, pkt 250; zob. także sprawa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, Zb.Orz. 2009, s. I-06155, pkt 142.

(2) Zob. sprawa 395/87, *Ministère public przeciwko Jeanowi-Louisowi Tournierowi*, Rec. 1989, s. 2521, pkt 38; sprawy połączone 110/88, 241/88 i 242/88, *François Lucazeau przeciwko SACEM*, Rec. 1989, s. 2811, pkt 33.

(3) Zob. decyzja Komisji w sprawie IV/29/151, *Philips/VCR*, Dz.U. L 47 z 18.2.1978, s. 42, pkt 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 były zakazane. Stanowiło to ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 85 ust. 1 lit. b)”.
(4) Zob. decyzja Komisji w sprawie IV/29/151, *Philips/VCR*, pkt. 23.

295. Jeśli **udział w procesie ustanawiania norm** jest otwarty, w tym znaczeniu, że wszyscy konkurenci (lub zainteresowane strony) z rynku, na który dana norma wywiera wpływ, mogą uczestniczyć w wyborze i opracowywaniu normy, zmniejszy to ryzyko wystąpienia skutków ograniczających konkurencję, ponieważ wszystkie przedsiębiorstwa mają możliwość wpływu na wybór i opracowywanie normy⁽¹⁾. Im większy jest prawdopodobny wpływ normy na rynek, a potencjalne obszary zastosowania – liczniejsze, tym ważniejsze jest zapewnienie sprawiedliwego dostępu do procesu ustanawiania norm. Jeśli natomiast dostępne fakty wskazują, że kilka takich norm lub organizacji ustanawiających normy konkuruje między sobą (i nie jest konieczne, aby cała branża stosowała te same normy), nie muszą wystąpić skutki ograniczające konkurencję. Podobnie, jeśli brak ograniczenia liczby uczestników spowodowałoby, że przyjęcie normy nie byłoby możliwe, porozumienie prawdopodobnie nie miałooby żadnych skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1⁽²⁾. 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 prac⁽³⁾. Im bardziej przejrzysta jest procedura przyjmowania normy, tym bardziej prawdopodobne jest, że przyjęta norma uwzględniac będzie interesy wszystkich zainteresowanych stron.
296. Aby ocenić skutki porozumienia ustanawiającego normę, należy uwzględnić **udziały w rynku produktów lub usług 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 wielu przypadkach wskazówką przy ocenie prawdopodobnego udziału normy w rynku mogą być udziały rynkowe przedsiębiorstw uczestniczących w opracowywaniu normy (ze względu na fakt, że przedsiębiorstwa uczestniczące w ustanawianiu normy byłyby w większości przypadków zainteresowane jej wdrażaniem)⁽⁴⁾. Niemniej jednak, ponieważ skuteczność porozumień standaryzacyjnych jest często proporcjonalna do części branży uczestniczącej w ustanawianiu lub stosowaniu normy, duży udział w rynku posiadany przez strony na rynku lub na rynkach, których dotyczy ta norma, niekoniecznie będzie prowadził do stwierdzenia, że norma prawdopodobnie wywoła skutki ograniczające konkurencję.
297. Jakikolwiek porozumienie ustanawiające normy, które wyraźnie **dyskryminuje** któregokolwiek z uczestniczących lub potencjalnych członków może prowadzić do ograniczenia konkurencji. Na przykład jeśli organizacja ustanawiająca 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.
298. Jeśli chodzi o porozumienia ustanawiające normy, które przewidują **modele ujawniania PWI odmienne** od modeli opisanych w pkt 286, 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. Innymi słowy należy ocenić, czy w danym przypadku model ujawniania PWI nie uniemożliwia świadomego wyboru między technologiami i powiązanymi PWI.
299. Porozumienia ustanawiające normy przewidujące **jednostronne ujawnienie ex ante najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji** z zasady 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 ustanawiającą normy przewiduje indywidualne ujawnianie przez uprawnionych z tytułu PWI ich najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji, w tym maksymalnych pobieranych opłat licencyjnych, przed przyjęciem normy, nie będzie to zwykle prowadziło

(1) W decyzji Komisji w sprawie IV/31.458, *X/Open Group*, Dz.U. L 35 z 6.2.1987, s. 36, 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.

(2) 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.

(3) Zob. decyzja Komisji z dnia 14 października 2009 r. w sprawie 39416, *Klasyfikacja statków*. Decyzja znajduje się na stronie: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_78.html#i39_416.

(4) Zob. pkt 261.

do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 ⁽¹⁾. Takie jednostronne ujawnienie *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji byłoby sposobem na umożliwienie organizacji ustanawiającej normy podjęcia świadomej decyzji w oparciu o zalety i wady różnych alternatywnych technologii, nie tylko z perspektywy technicznej, lecz również z perspektywy cenowej.

Standardowe warunki

300. 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.
301. Jeśli udział w faktycznym ustanawianiu standardowych warunków jest **nieograniczony** dla konkurentów z właściwego rynku (bądź przez przynależność do stowarzyszenia handlowego lub 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 303, 304, 305 i 307).
302. 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, że prowadzą do jakichkolwiek negatywnych skutków dla jakości produktów, ich różnorodności lub innowacyjności. Są jednak dwa ogólne wyjątki, które wymagałyby bardziej szczegółowej oceny.
303. 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 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.
304. Aby ocenić, czy istnieje ryzyko, że standardowe warunki będą miały skutki ograniczające konkurencję, ponieważ ograniczać będą 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 jeśli istnieje tylko kilku większych konkurentów ⁽²⁾. Udziały w rynku przedsiębiorstw uczestniczących w ustanawianiu standardowych warunków mogą także stanowić pewną wskazówkę co do tego, czy istnieje prawdopodobieństwo odwoływania się do standardowych warunków czy też prawdopodobieństwo, że będą one stosowane przez dużą część rynku. Jednakże pod tym względem 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 wystąpiłoby prawdopodobnie żaden skutek ograniczający konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W takim przypadku ustanowienie standardowych warunków powoduje raczej zwiększenie niż zmniejszenie wyboru produktów.

⁽¹⁾ Żadne jednostronne 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 – jak wyjaśniono w pkt 274 – ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

⁽²⁾ 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.

305. 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; standardowe warunki dotyczące tych elementów mogłyby w związku z tym stać się normą *de facto*, do której przedsiębiorstwa musiałyby stosować się przy sprzedaży na rynku. Te standardowe warunki, chociaż są niewiążące, stałyby się normą *de facto*, której skutki są bardzo bliskie skutkom wiążącej normy i należy je w związku z tym odpowiednio przeanalizować.
306. 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).
307. 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.

7.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

7.4.1. Przyrost wydajności

Porozumienia standaryzacyjne

308. 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.
309. Aby urzeczywistnić ten przyrost wydajności w przypadku porozumień standaryzacyjnych, informacje konieczne do stosowania danej normy muszą być faktycznie dostępne dla podmiotów zamierzających wejść na rynek ⁽¹⁾.
310. 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.
311. 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.

Standardowe warunki

312. 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.
313. Im więcej konkurentów na rynku, tym większy przyrost wydajności w postaci łatwiejszego porównywania oferowanych warunków.

⁽¹⁾ Zob. decyzja Komisji nr 87/69/EWG w sprawie IV/31.458, X/*Open Group*, pkt 42: „Komisja uważa, że gotowość grupy do niezwłocznego udostępnienia wyników jest głównym elementem decydującym o przyznaniu wyłączenia”.

7.4.2. Niezbędność

314. 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.

Porozumienia standaryzacyjne

315. 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 osiągnięciu przyrostu wydajności ⁽¹⁾.
316. Uczestnictwo w ustanawianiu 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 uczestnictwa lub że przewidziane są uznane procedury zbiorowej reprezentacji interesów ⁽²⁾.
317. 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 PWI ⁽³⁾ 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. wyłączne wykorzystanie) mogłoby ograniczyć konkurencję międzytechnologiczną i nie byłoby konieczne do osiągnięcia wyznaczonego przyrostu wydajności.
318. Ograniczenia zawarte w porozumieniu standaryzacyjnym, powodujące, że norma staje się wiążąca i obowiązkowa w danej branży, zasadniczo nie są niezbędne.
319. 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 czasu, np. koniecznością zrehabilitowania znacznych kosztów rozruchu ⁽⁴⁾. Porozumienie standaryzacyjne powinno w takim 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.

⁽¹⁾ 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 przez innych producentów byłaby zapewniona nawet w przypadku, gdyby producenci ci musieli wywiązać się jedynie z obowiązku przestrzegania norm VCR przy produkcji sprzętu VCR” (pkt 31).

⁽²⁾ Zob. decyzja Komisji nr 87/69/EWG w sprawie IV/31.458, *X/Open Group*, pkt 45: „Cele grupy nie mogłyby zostać osiągnięte, jeśli jakiekolwiek przedsiębiorstwo gotowe zobowiązać się względem celów grupy miało prawo stania się jej członkiem. Utrudniłoby to zarządzanie pracą pod względem praktycznym i logistycznym i mogłoby uniemożliwić przyjęcie odpowiednich propozycji”. Zob. również decyzja Komisji z dnia 14 października 2009 r. w sprawie 39416 *Klasyfikacja statków*, pkt 36: „zobowiązania zachowują odpowiednią równowagę pomiędzy, z jednej strony, utrzymaniem surowych wymogów członkostwa w IACS, 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”.

⁽³⁾ Technologia, którą użytkownik lub licencjobiorca uznaje za zamienną lub substytucyjną z inną technologią ze względu na cechy i zamierzone zastosowanie tych dwóch technologii.

⁽⁴⁾ W tym kontekście zob. decyzję Komisji w sprawach IV/34.179, 34.202, 216, *Dutch Cranes (SCK i FNK)*, Dz.U. L 312 z 23.12.1995, s. 79, pkt. 23: „Zakaz zatrudniania jako podwykonawców przedsiębiorstw nieposiadających certyfikacji SCK ogranicza swobodę działania certyfikowanych firm. Aby ocenić, czy zakaz można uznać za zapobiegający konkurencji, ograniczający lub zakłócający ją w rozumieniu art. 85 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, możnaby zakładać, że nie ma on skutków ograniczających konkurencję, lecz ma na celu po prostu pełne zapewnienie jakości certyfikowanych produktów lub usług”.

Standardowe warunki

320. Ustanawianie wiążącego i obowiązkowego charakteru standardowych warunków dla danej branży lub członków stowarzyszenia handlowego, które je ustanawia, zasadniczo nie jest uzasadnione. Nie można jednak wykluczyć, że wiążące standardowe warunki mogą w konkretnym przypadku być niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności, który wywołują.

7.4.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

Porozumienia standaryzacyjne

321. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie standaryzacyjne lub standardowe warunki. 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.

Standardowe warunki

322. 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.
323. Jednakże niektóre elementy przyrostu wydajności wywołanego przez standardowe warunki, takie jak większa porównywalność ofert na rynku, ułatwiona zamiana jednego dostawcy na drugiego, pewność prawna 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.

7.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

324. 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 istotny przy tej analizie, 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 branżową⁽¹⁾. W ostatnim przypadku konkurencja może zostać wyeliminowana, jeżeli skuteczny dostęp osób trzecich do normy jest zamknięty. Standardowe warunki stosowane przez większość branży mogą stanowić normę branżową *de facto*, powodując powstanie tych samych problemów. Jeśli jednak norma lub standardowe warunki dotyczą jedynie ograniczonej części produktu/usługi, konkurencja prawdopodobnie nie zostanie wyeliminowana.

7.5. Przykłady

325. Ustanawianie norm, których konkurenci nie mogą spełnić

Przykład 1

Sytuacja: organizacja ustanawiająca normy ustanawia i publikuje normy bezpieczeństwa, które są powszechnie stosowane przez daną branżę. Większość konkurentów z tej branży uczestniczy w ustanawianiu 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 ustanawiającej normy. Specyfikacje techniczne normy bezpieczeństwa zostały jednak sporządzone – bez jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia – w sposób uniemożliwiający zgodność tego lub innych nowych produktów z normą.

⁽¹⁾ Normalizacja *de facto* to sytuacja, gdy (prawnie niewiążąca) norma jest w praktyce używana przez większą część danej branży.

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 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 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.

326. 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) udział w ustalaniu normy jest nieograniczony i przejrzysty 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 prowadziłoby do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

327. Porozumienie standaryzacyjne bez ujawniania PWI

Przykład 3

Sytuacja: prywatna organizacja ustanawiająca normy, działająca w sektorze technologii informacji i komunikacji, 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 objęte są wieloma PWI. Organizacja uznała zatem, że zobowiązanie do ujawniania PWI z jednej strony nie zapewniłoby członkom 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. Jednakże polityka dotycząca PWI realizowana przez tę organizację ustanawiającą normy wymaga 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 kilka konkurujących ze sobą prywatnych organizacji ustanawiających normy. Możliwość przynależności do organizacji ustanawiającej 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 ustanawiającej 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. Ujawnienie PWI prawdopodobnie nie przyczyniłoby się do zapewnienia skutecznego dostępu do normy, który w tym przypadku jest wystarczająco zagwarantowany przez ogólne zobowiązanie do udzielania

licencji na wszelkie PWI, które mogłyby być związane z mającą powstać normą, zgodnie z warunkami zobowiązania FRAND. Wprost przeciwnie – zobowiązanie do ujawnienia PWI mogłoby w tym wypadku spowodować dodatkowe koszty dla uczestników. Nieujawnianie PWI mogłoby także w tym przypadku doprowadzić do szybszego przyjęcia normy, co może mieć znaczenie w sytuacji, gdy kilka organizacji ustanawiających normy konkuruje ze sobą. Wynika stąd, że porozumienie prawdopodobnie nie spowoduje żadnych negatywnych skutków dla konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

328. Normy w sektorze ubezpieczeń

Przykład 4

Sytuacja: grupa zakładów ubezpieczeń gromadzi się w celu uzgodnienia niewiążących norm instalacji pewnych urządzeń zabezpieczających (tj. urządzeń i sprzętu zaprojektowanego w celu zapobiegania stratom i ich ograniczenia oraz systemów złożonych z takich elementów). Niewiążące normy ustanowione przez zakłady ubezpieczeń: a) są uzgodnione w celu uwzględnienia konkretnego zapotrzebowania oraz wsparcia ubezpieczycieli w zarządzaniu ryzykiem i oferowaniu składek dostosowanych do ryzyka; b) są przedmiotem dyskusji z podmiotami zajmującymi się instalacją (lub ich przedstawicielami), a opinie tych podmiotów są uwzględniane przed ukończeniem prac nad normami; c) są publikowane przez odpowiednie stowarzyszenie (stowarzyszenia) ubezpieczeniowe w specjalnej części jego strony internetowej (ich stron internetowych), dzięki czemu podmioty zajmujące się instalacją albo inne zainteresowane strony mają do nich łatwy dostęp.

Analiza: proces ustanawiania tych norm jest przejrzysty i umożliwia udział zainteresowanych stron. Ponadto wynik jest łatwo dostępny na rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach dla każdego, kto chciałby mieć do niego dostęp. Norma prawdopodobnie nie będzie miała skutków ograniczających konkurencję, pod warunkiem że nie ma ona negatywnych skutków dla rynku niższego szczebla (np. wykluczając niektóre podmioty zajmujące się instalacją poprzez nałożenie bardzo szczególnych i nieuzasadnionych wymogów instalacji). Nawet jeżeli normy wywoływałyby skutki ograniczające konkurencję, kryteria określone w art. 101 ust. 3 wydawałyby się spełnione. Normy pomogłyby ubezpieczycielom w analizie, w jakim stopniu takie systemy instalacji przyczyniają się do zmniejszenia odnośnego ryzyka i zapobiegania stratom, przez co mogliby oni zarządzać ryzykiem i oferować składki dostosowane do ryzyka. Mogłyby one również, przy uwzględnieniu zastrzeżenia dotyczącego rynku niższego szczebla, prowadzić do większej wydajności instalatorów, umożliwiając im zachowanie zgodności z jednym zestawem norm dla wszystkich zakładów ubezpieczeń, zamiast przechodzić indywidualne testy w odniesieniu do każdego zakładu ubezpieczeń. Mogłyby one również ułatwić konsumentom zmianę ubezpieczycieli. Ponadto mogłyby być korzystne dla małych ubezpieczycieli, którzy nie mają dostatecznych zdolności, aby przeprowadzić testy samodzielnie. W odniesieniu do pozostałych warunków art. 101 ust. 3 wydaje się, że niewiążące normy nie wykraczają poza środki niezbędne do osiągnięcia danego przyrostu wydajności, że korzyści z przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów (w przypadku części z nich konsumentom czerpaliby korzyści nawet bezpośrednio) oraz że ograniczenia nie będą prowadziły do eliminowania konkurencji.

329. Normy środowiskowe

Przykład 5

Sytuacja: prawie wszyscy producenci pralek zgadzają się, przy zachęcie organów publicznych, aby zaprzestać wytwarzania produktów, które nie są zgodne z określonymi kryteriami środowiskowymi (np. w zakresie efektywności energetycznej). Strony posiadają udział w rynku wynoszący łącznie 90 %. Produkty, które w ten sposób zostaną stopniowo wycofane z obrotu, stanowią znaczącą część całkowitej sprzedaży. Zostaną one zastąpione produktami bardziej przyjaznymi dla środowiska, ale też droższymi. Ponadto porozumienie pośrednio ogranicza produkcję osób trzecich (np. zakładów energetycznych i dostawców części zastosowanych w wycofywanych produktach). Bez porozumienia strony nie ukierunkowałyby swojej produkcji i działań marketingowych na produkty bardziej przyjazne dla środowiska.

Analiza: porozumienie daje stronom kontrolę nad indywidualną produkcją i dotyczy znacznej części ich sprzedaży i całej produkcji, zmniejszając przy tym produkcję osób trzecich. Różnorodność produktów, która częściowo koncentruje się na środowiskowych cechach produktów, zostaje

ograniczona, a ceny prawdopodobnie wzrosną. Porozumienie wywoła więc prawdopodobnie skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Zaangażowanie organu publicznego jest nieistotne w tej ocenie. Nowsze, bardziej przyjazne dla środowiska produkty są jednak bardziej zaawansowane technologicznie, oferując jakościowy przyrost wydajności w postaci większej liczby programów prania, z których mogą korzystać konsumenci. Ponadto występuje oszczędność dla nabywców pralek wynikająca z niższych kosztów eksploatacji w postaci mniejszego zużycia wody, energii elektrycznej i środka piorącego. Tę oszczędność osiąga się na rynkach innych niż rynek właściwy, którego dotyczy porozumienie. Można ją jednak uwzględnić, ponieważ rynki, na których występują skutki ograniczające konkurencję i przyrost wydajności, są powiązane, a grupa konsumentów, których dotyczy ograniczenie i korzyści z przyrostu wydajności, to zasadniczo ta sama grupa. Korzyści z przyrostu wydajności przewyższają skutki ograniczające konkurencję w postaci wyższych kosztów. Inne alternatywy dla porozumienia okazują się mniej pewne i mniej oszczędne przy zapewnieniu takich samych korzyści netto. Z ekonomicznego punktu widzenia strony dysponują różnymi środkami technicznymi do celu produkcji pralek, które spełniają uzgodnione parametry środowiskowe, a konkurencja nadal będzie istniała w odniesieniu do innych parametrów produktu. Tym samym kryteria art. 101 ust. 3 wydają się być spełnione.

330. Normalizacja wskutek zachęty władz

Przykład 6

Sytuacja: w odpowiedzi na wyniki 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 w tym samym państwie członkowskim uzgadnia, w drodze oficjalnych rozmów na forum stowarzyszenia przemysłowo-handlowego, ustanowienie zalecanych poziomów tłuszczu dla produktów. 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.

331. Otwarty proces ustanawiania norm w zakresie opakowań produktów

Przykład 7

Sytuacja: najwięksi producenci dynamicznie rozwijającego się produktu konsumpcyjnego na konkurencyjnym rynku w państwie członkowskim oraz producenci i dystrybutorzy z innych państw członkowskich, którzy sprzedają ten produkt w tym państwie członkowskim („importerzy”), decydują – wraz z największymi dostawcami opakowań – o stworzeniu i wdrożeniu dobrowolnej inicjatywy mającej na celu znormalizowanie wielkości i kształtu opakowań tego produktu sprzedawanego w tym państwie członkowskim. Obecnie w państwach członkowskich występuje szeroka różnorodność opakowań pod względem rozmiaru i materiałów. Odzwierciedla to fakt, że udział kosztów opakowania w ogólnych kosztach produkcji jest niewielki, a koszty dostosowawcze dla producentów opakowań – nieznaczne. Nie istnieje żadna europejska norma dotycząca tego typu opakowań, żadna nie jest też w trakcie opracowywania. Porozumienie zostało zawarte przez strony dobrowolnie, w odpowiedzi na interwencję rządu tego państwa członkowskiego, naciskającego na spełnienie wymogów środowiskowych. Udziały producentów i importerów w sprzedaży produktu w tym państwie członkowskim wynoszą łącznie 85 %. Dzięki dobrowolnej inicjatywie produkt sprzedawany będzie na terenie państwa członkowskiego w jednolitej formie, wymagać będzie

mniej materiałów opakowaniowych, zajmować mniej miejsca na półce, koszty transportu i opakowania będą niższe, a z racji mniejszej ilości odpadów opakowaniowych – będzie on bardziej ekologiczny. Koszty recyklingu ponoszone przez producentów także ulegną zmniejszeniu. Norma nie wymaga, aby wykorzystywane były specyficzne rodzaje materiałów opakowaniowych. Specyfikacje normy zostały uzgodnione między producentami a importerami w sposób otwarty i przejrzysty, a ich projekt został poddany otwartej konsultacji w drodze publikacji na branżowych stronach internetowych, odpowiednio wcześniej przed przyjęciem normy. Ostateczna przyjęta wersja została także opublikowana na stronie internetowej branżowego stowarzyszenia handlowego, która jest dostępna powszechnie – nie tylko dla członków stowarzyszenia.

Analiza: porozumienie jest dobrowolne, jednakże norma prawdopodobnie stanie się de facto praktyką branżową, ponieważ strony porozumienia łącznie mają wysoki udział w sprzedaży odnośnego produktu w tym państwie członkowskim, a rząd zachęcał sprzedawców detalicznych do ograniczenia odpadów opakowaniowych. Teoretycznie porozumienie jako takie mogłoby stworzyć bariery dla wejścia na rynek i spowodować antykonkurencyjny skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku w tym państwie członkowskim. Stanowiłoby to ryzyko przede wszystkim dla importerów omawianego produktu, którzy, aby spełnić wymogi normy de facto i móc sprzedawać w tym państwie członkowskim, mogliby być zmuszeni do przepakowania produktu, jeśli rozmiar opakowania stosowanego w innych państwach członkowskich nie spełniałby wymogów normy. Jednakże w praktyce mało prawdopodobne jest, aby doszło do powstania znacznych barier dla wejścia na rynek i zamknięcia dostępu do rynku ponieważ: a) porozumienie jest dobrowolne; b) norma została ustalona we współpracy z najważniejszymi importerami w otwarty i przejrzysty sposób; c) koszty dostosowawcze są niskie, oraz d) informacje techniczne dotyczące normy są dostępne dla nowych uczestników rynku, importerów i wszystkich dostawców opakowań. Importerzy będą w szczególności uprzedzeni o potencjalnych zmianach w zakresie opakowań na wczesnym etapie ich opracowywania, będą mieli także możliwość przedstawienia uwag do projektu normy poddanej otwartej konsultacji, przed ostatecznym przyjęciem normy. Porozumienie zatem może nie wywołać skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

W każdym razie prawdopodobne jest, że warunki art. 101 ust. 3 zostaną spełnione w tym przypadku – (i) porozumienie spowoduje ilościowy przyrost wydajności dzięki niższym kosztom transportu i opakowań; (ii) istniejące warunki konkurencji na rynku prawdopodobnie spowodują przeniesienie redukcji kosztów na konsumentów; (iii) porozumienie przewiduje jedynie minimalne ograniczenia niezbędne do stworzenia normy w zakresie opakowań i prawdopodobnie nie wywoła znaczących skutków pod względem ograniczenia dostępu do rynku; oraz (iv) konkurencja nie zostanie wyeliminowana dla znaczącej części danych produktów.

332. Zamknięty proces ustanawiania norm w zakresie opakowań produktów

Przykład 8

Sytuacja: sytuacja jest podobna do sytuacji w przykładzie 7, pkt 331, jednak: norma uzgadniana jest jedynie przez producentów szybko zbywalnego produktu konsumpcyjnego z danego państwa członkowskiego (którzy posiadają 65 % udziałów w sprzedaży produktu w tym państwie członkowskim); otwartym konsultacjom nie zostały poddane specyfikacje normy (obejmujące m.in. szczegółowe wymagania co do rodzaju stosowanego materiału opakowaniowego); specyfikacje dobrowolnie stosowanych norm nie są publikowane. W związku z tym producenci z innych państw członkowskich ponoszą wyższe koszty dostosowawcze niż producenci krajowi.

Analiza: podobnie jak w przykładzie 7, pkt 331, choć porozumienie jest dobrowolne, norma bardzo prawdopodobnie stanie się de facto praktyką branżową, ponieważ rząd również zachęcał sprzedawców detalicznych do ograniczenia odpadów opakowaniowych, a udziały producentów krajowych w sprzedaży produktu na terenie państwa członkowskiego sięgają 65 %. Ze względu na fakt, iż producenci odnośnego produktu z innych państw członkowskich nie zostali skonsultowani, przyjęta została norma w wyniku której producenci ci ponoszą wyższe koszty dostosowawcze niż producenci krajowi. Porozumienie może w związku z tym stwarzać bariery dla wejścia i powodować potencjalnie antykonkurencyjne skutki w postaci zamknięcia dostępu do rynku dla dostawców opakowań, nowych uczestników rynku i importerów. Żaden z nich nie uczestniczył w procesie ustanawiania normy i aby spełnić wymogi normy de facto i móc sprzedawać w tym państwie członkowskim, mogą być oni zmuszeni do przepakowania produktu, jeśli rozmiar opakowania stosowanego w innych państwach członkowskich nie spełnia wymogów normy.

W przeciwieństwie do przykładu 7, pkt 331, proces ustanawiania normy nie został przeprowadzony w otwarty i przejrzysty sposób. W szczególności nowym uczestnikom rynku, importerom

i dostawcom opakowań nie zapewniono możliwości przedstawienia uwag do proponowanej normy, mogą oni nawet pozostać nieświadomi istniejących wymogów aż do późnego etapu procesu, co stwarza ryzyko, że mogą oni nie być w stanie szybko i skutecznie zmienić swoich metod produkcyjnych lub dostawców. Ponadto jeśli norma jest nieznaną lub trudną do stosowania, nowi uczestnicy rynku, importerzy i dostawcy opakowań mogą nie być w stanie konkurować. Szczególne znaczenie ma tutaj fakt, że norma obejmuje szczegółowe wymagania dotyczące wykorzystywanych materiałów opakowaniowych, z których spełnieniem, ze względu na zamknięty charakter konsultacji i normy, importerzy i nowi uczestnicy rynku mogą mieć trudności. W związku z tym porozumienie może ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Na wniosek ten nie ma wpływu fakt, iż porozumienie zostało zawarte w celu spełnienia istniejących celów w zakresie ochrony środowiska, uzgodnionych z rządem państwa członkowskiego.

Warunki art. 101 ust. 3 prawdopodobnie nie zostaną spełnione w tym przypadku. Nawet jeśli porozumienie pozwoli osiągnąć podobny ilościowy przyrost wydajności, jak w sytuacji opisanej w przykładzie 7, pkt 331, zamknięty i prywatny charakter porozumienia standaryzacyjnego i niepublikowane szczegółowe wymagania dotyczące rodzaju materiału opakowaniowego, który należy wykorzystywać, prawdopodobnie nie są konieczne do osiągnięcia przyrostu wydajności, do którego dąży się w ramach porozumienia.

333. Niewiążące i otwarte standardowe warunki stosowane w umowach z użytkownikami końcowymi

Przykład 9

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 lub innych klauzul związanych z ceną. 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.

334. Standardowe warunki stosowane w umowach między przedsiębiorstwami

Przykład 10

Sytuacja: przedsiębiorstwa budowlane w pewnym państwie członkowskim gromadzą się w celu ustanowienia niewiążących i otwartych standardowych warunków do stosowania przez przedsiębiorcę budowlanego przy przedstawianiu klientowi wyceny prac budowlanych. Formularz wyceny jest dołączony do warunków dotyczących robót budowlanych. Razem dokumenty 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. W przeciwieństwie do przykładu 9, pkt 333, przedmiotowe 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 (odbiór i usterki, wygaśnięcie umowy itp.).

335. Standardowe warunki ułatwiające porównanie produktów różnych przedsiębiorstw

Przykład 11

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 też na to, do jakiej wysokości pokryte jest ryzyko ani też jak wysoki jest udział własny 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. Podczas gdy 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 porównanie polis oferowanych przez poszczególnych ubezpieczycieli. Stowarzyszenie konsumentów bierze udział w procesie ustanawiania standardowych warunków polisy. Są one 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 ułatwieniu porównania przez konsumentów warunków oferowanych przez zakłady ubezpieczeń prawdopodobnie przewyższać będzie takie ewentualne ograniczenie. Z kolei porównania te ułatwiają zmianę zakładu ubezpieczeń, co zwiększa konkurencję. Ponadto zmiana dostawców, tak jak i wejście na rynek konkurentów, stanowi korzyść dla konsumentów. Fakt, że stowarzyszenie konsumentów wzięło udział w procesie, mógł pod pewnymi względami zwiększyć prawdopodobieństwo przeniesienia tego przyrostu wydajności, który nie przynosi automatycznie korzyści konsumentom. Standardowe warunki polisy mogą również zmniejszyć 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.