

II

(Komunikaty)

KOMUNIKATY 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”

(2023/C 259/01)

SPIS TREŚCI

	<i>Strona</i>
1. Wprowadzenie	7
1.1. Cel i struktura niniejszych wytycznych	7
1.2. Możliwość zastosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych	8
1.2.1. Wprowadzenie	8
1.2.2. Ramy analityczne	10
1.2.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	11
1.2.4. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	11
1.2.5. Skutki ograniczające konkurencję	12
1.2.6. Ograniczenia dodatkowe	13
1.2.7. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	14
1.2.8. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne, które zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1	14
1.3. Związek z innymi wskazówkami, przepisami i orzecznictwem	15
2. Porozumienia badawczo-rozwojowe	17
2.1. Wprowadzenie	17
2.2. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych	18

2.2.1.	Definicja prac badawczo-rozwojowych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych	18
2.2.2.	Definicja porozumień badawczo-rozwojowych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych	18
2.2.3.	Warunki uzyskania wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych	20
2.2.4.	Najpoważniejsze i wykluczone ograniczenia konkurencji	25
2.2.5.	Odpowiedni czas na ocenę zgodności z warunkami rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych	27
2.2.6.	Cofnięcie przywileju wyłączenia grupowego	27
2.2.7.	Okres przejściowy	28
2.3.	Indywidualna ocena porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 1	28
2.3.1.	Rynki właściwe	29
2.3.2.	Główne problemy w zakresie konkurencji	29
2.3.3.	Porozumienia badawczo-rozwojowe, które zasadniczo nie ograniczają konkurencji	30
2.3.4.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	30
2.3.5.	Skutki ograniczające konkurencję	30
2.4.	Indywidualna ocena porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 3	32
2.4.1.	Przyrost wydajności	32
2.4.2.	Niezbędność	32
2.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	32
2.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	32
2.5.	Odpowiedni czas na ocenę	33
2.6.	Przykłady	33
3.	Porozumienia produkcyjne	36
3.1.	Wprowadzenie	36
3.2.	Rynki właściwe	38
3.3.	Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	39
3.3.1.	Porozumienia produkcyjne objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	39

3.3.2.	Inne postanowienia objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	40
3.3.3.	Dystrybucja w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	40
3.3.4.	Usługi w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	41
3.3.5.	Próg udziału w rynku i okres wyłączenia	41
3.3.6.	Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	42
3.3.7.	Cofnięcie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych	42
3.3.8.	Okres przejściowy	43
3.4.	Indywidualna ocena porozumień produkcyjnych na podstawie art. 101 ust. 1	43
3.4.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	43
3.4.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	44
3.4.3.	Skutki ograniczające konkurencję	44
3.5.	Indywidualna ocena porozumień produkcyjnych na podstawie art. 101 ust. 3	47
3.5.1.	Przyrost wydajności	47
3.5.2.	Niezbędność	48
3.5.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	48
3.5.4.	Nieeliminowanie konkurencji	48
3.6.	Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej	48
3.7.	Przykłady	51
4.	Porozumienia o zakupach	55
4.1.	Wprowadzenie	55
4.2.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	56
4.2.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	56
4.2.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	56
4.2.3.	Skutki ograniczające konkurencję	58
4.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	61

4.3.1.	Przyrost wydajności	61
4.3.2.	Niezbędność	61
4.3.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	61
4.3.4.	Nieeliminowanie konkurencji	62
4.4.	Przykłady	62
5.	Porozumienia o komercjalizacji	66
5.1.	Wprowadzenie	66
5.2.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	67
5.2.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	67
5.2.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	67
5.2.3.	Skutki ograniczające konkurencję	68
5.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	69
5.3.1.	Przyrost wydajności	69
5.3.2.	Niezbędność	70
5.3.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	70
5.3.4.	Nieeliminowanie konkurencji	70
5.4.	Konsorcja wspólnie składające ofertę	70
5.5.	Przykłady	73
6.	Wymiana informacji	76
6.1.	Wprowadzenie	76
6.2.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	77
6.2.1.	Wprowadzenie	77
6.2.2.	Główne problemy w zakresie konkurencji wynikające z wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych	78
6.2.3.	Charakter wymienianych informacji	80
6.2.4.	Cechy wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych	83

6.2.5.	Cechy rynku	87
6.2.6.	Ograniczenie konkurencji ze względu na cel	88
6.2.7.	Ograniczenie konkurencji ze względu na skutek	90
6.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	91
6.3.1.	Przyrost wydajności	91
6.3.2.	Niezbędność	92
6.3.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	92
6.3.4.	Nieeliminowanie konkurencji	92
6.4.	Przykłady, etapy samooceny oraz tabela zawierająca wskazówki dotyczące odpowiedzialności w różnych warunkach	92
7.	Porozumienia standaryzacyjne	96
7.1.	Wprowadzenie	96
7.2.	Rynki właściwe	97
7.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	97
7.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	97
7.3.2.	Ograniczenia konkurencji ze względu na cel	99
7.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję	99
7.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	104
7.4.1.	Przyrost wydajności	104
7.4.2.	Niezbędność	104
7.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	105
7.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	105
7.5.	Przykłady	105
8.	Standardowe warunki	107
8.1.	Definicje	107
8.2.	Rynki właściwe	107

8.3.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 1	107
8.3.1.	Główne problemy w zakresie konkurencji	107
8.3.2.	Ograniczenie konkurencji ze względu na cel	107
8.3.3.	Skutki ograniczające konkurencję	107
8.4.	Ocena na podstawie art. 101 ust. 3	109
8.4.1.	Przyrost wydajności	109
8.4.2.	Niezbędność	109
8.4.3.	Przeniesienie na konsumentów	109
8.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	109
8.5.	Przykłady	109
9.	Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju	110
9.1.	Wprowadzenie	110
9.2.	Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju, które prawdopodobnie nie będą stwarzać problemów w zakresie konkurencji	112
9.3.	Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 1	113
9.3.1.	Zasady ogólne	113
9.3.2.	Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju	114
9.4.	Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 3	117
9.4.1.	Przyrost wydajności	117
9.4.2.	Niezbędność	117
9.4.3.	Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów	119
9.4.4.	Nieeliminowanie konkurencji	122
9.5.	Zaangażowanie organów publicznych	122
9.6.	Przykłady	122

1. WPROWADZENIE

1.1. Cel i struktura niniejszych wytycznych

1. Niniejsze wytyczne zastępują wytyczne z 2011 r. w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych ⁽¹⁾. Mają one na celu zapewnienie pewności prawa, służąc pomocą przedsiębiorstwom w ocenie zgodności ich horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z unijnymi regułami konkurencji przy jednoczesnym zapewnieniu skutecznej ochrony konkurencji. Mają one również na celu ułatwienie przedsiębiorstwom współpracy, która jest pożądana pod względem ekonomicznym i tym samym przyczynia się np. do transformacji ekologicznej i cyfrowej oraz do wspierania odporności rynku wewnętrznego ⁽²⁾.
2. W niniejszych wytycznych określono zasady oceny horyzontalnych porozumień kooperacyjnych i praktyk uzgodnionych na podstawie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („art. 101”) i przedstawiono analityczne ramy ułatwiające samoocenę najczęściej spotykanych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych:
 - rozdział 1 zawiera wprowadzenie, w którym przedstawiono kontekst, w jakim art. 101 ma zastosowanie do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. W rozdziale tym wyjaśniono również związek między niniejszymi wytycznymi a innymi wytycznymi, przepisami i orzecznictwem mającymi wpływ na horyzontalne porozumienia kooperacyjne. Wskazówki znajdujące się w rozdziałach 2–9 dotyczące konkretnych rodzajów porozumień horyzontalnych stanowią uzupełnienie bardziej ogólnych wskazówek przedstawionych w niniejszym rozdziale wprowadzającym. Zaleca się zatem, aby zawsze najpierw przeczytać niniejszy rozdział, zanim sięgnie się do tych innych rozdziałów,
 - rozdział 2 dotyczy porozumień badawczo-rozwojowych, w tym wskazówek dotyczących stosowania rozporządzenia Komisji (UE) 2023/1066 („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych”) ⁽³⁾,
 - rozdział 3 dotyczy porozumień produkcyjnych, w tym wskazówek dotyczących stosowania rozporządzenia Komisji (UE) 2023/1067 („rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych”) ⁽⁴⁾,
 - rozdział 4 dotyczy porozumień o zakupach,
 - rozdział 5 dotyczy porozumień o komercjalizacji,
 - rozdział 6 dotyczy wymiany informacji,
 - rozdział 7 dotyczy porozumień standaryzacyjnych,
 - rozdział 8 dotyczy standardowych warunków.
3. Ponadto, ponieważ Komisja jest zdecydowana osiągnąć cele Zielonego Ładu dla Unii Europejskiej ⁽⁵⁾, w rozdziale 9 przedstawiono wskazówki dotyczące sposobu oceny najpowszechniejszych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych na podstawie art. 101, gdy służą one realizacji celów zrównoważonego rozwoju.
4. Zważywszy na znaczną różnorodność możliwych rodzajów i kombinacji współpracy horyzontalnej oraz szeroki zakres kontekstów rynkowych, w których współpraca ta może być prowadzona, trudno jest przedstawić konkretne rozwiązania każdego potencjalnego problemu. Niniejsze wytyczne nie stanowią zatem „listy kontrolnej”, którą można byłoby stosować w sposób mechaniczny. Każdy przypadek należy oceniać na podstawie związanych z nim faktów.
5. Wskazówki zawarte w niniejszych wytycznych mają zastosowanie do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych dotyczących towarów, usług i technologii.

⁽¹⁾ Dz.U. C 11 z 14.1.2011, s. 1.

⁽²⁾ Zob. również komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Aktualizacja nowej strategii przemysłowej z 2020 r. – tworzenie silniejszego jednolitego rynku sprzyjającego odbudowie Europy”, COM(2021) 350 final.

⁽³⁾ Rozporządzenie Komisji (UE) 2023/1066 z dnia 1 czerwca 2023 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz.U. L 143 z 2.6.2023, s. 9).

⁽⁴⁾ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 2023/1067 z dnia 1 czerwca 2023 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz.U. L 143 z 2.6.2023, s. 20).

⁽⁵⁾ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejski Zielony Ład”, COM(2019) 640 final.

6. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą łączyć różne etapy współpracy, np. prace badawczo-rozwojowe z produkcją lub z komercjalizacją wyników prac badawczo-rozwojowych. Niniejsze wytyczne obejmują również takie łączone porozumienia kooperacyjne. Korzystając z niniejszych wytycznych do oceny takich łączonych porozumień, należy, co do zasady, uwzględnić wszystkie rozdziały dotyczące poszczególnych etapów współpracy. W odniesieniu jednak do oceny, czy dane zachowanie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel lub skutek, pierwszeństwo w odniesieniu do całej współpracy mają wytyczne zawarte w rozdziale dotyczącym tego obszaru łączonej współpracy, który można uznać za jej „środek ciężkości”.
7. Szczególnie istotne znaczenie dla ustalenia środka ciężkości takich łączonych porozumień kooperacyjnych mają dwa następujące czynniki: moment rozpoczęcia współpracy oraz stopień zintegrowania różnych funkcji, które są łączone. Choć nie jest możliwe podanie dokładnej i wyraźnej zasady, która obowiązywałaby we wszystkich przypadkach i we wszystkich możliwych kombinacjach, stosuje się ogólnie następujące zasady:
 - a) środkiem ciężkości horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego obejmującego zarówno wspólne prace badawczo-rozwojowe, jak i wspólną produkcję (lub wspólną dystrybucję) wyników są na ogół wspólne prace badawczo-rozwojowe, pod warunkiem że wspólna produkcja (lub wspólna dystrybucja) ma miejsce wyłącznie w przypadku pomyślnego przeprowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych. Jeżeli wyniki wspólnych prac badawczo-rozwojowych mają decydujące znaczenie dla późniejszej wspólnej produkcji (lub wspólnej dystrybucji), pierwszeństwo mają wskazówki zawarte w rozdziale dotyczącym porozumień badawczo-rozwojowych. Środek ciężkości współpracy byłby inny, gdyby strony zaangażowały się we wspólną produkcję (lub wspólną dystrybucję) w każdym przypadku, tj. niezależnie od wspólnych prac badawczo-rozwojowych. W takim przypadku współpracę należy oceniać jako porozumienie o wspólnej produkcji (lub wspólnej komercjalizacji) i w stosunku do takiej współpracy pierwszeństwo mają wskazówki zawarte w rozdziale dotyczącym porozumień produkcyjnych (lub porozumień o wspólnej komercjalizacji). Jeżeli porozumienie przewiduje pełną integrację działalności stron w obszarze produkcji i jedynie częściową integrację niektórych prac badawczo-rozwojowych, środkiem ciężkości współpracy byłaby wspólna produkcja;
 - b) środkiem ciężkości horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego obejmującego zarówno specjalizację w zakresie produkcji, jak i wspólną komercjalizację powstałych produktów jest zazwyczaj specjalizacja, ponieważ wspólna komercjalizacja odbywa się zazwyczaj wyłącznie w następstwie specjalizacji;
 - c) środkiem ciężkości horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego obejmującego wspólną produkcję i wspólną komercjalizację powstałych produktów jest zazwyczaj wspólna produkcja, ponieważ wspólna komercjalizacja odbywa się zazwyczaj wyłącznie w następstwie wspólnej produkcji.
8. Test środka ciężkości odnosi się jedynie do relacji między rozdziałami niniejszych wytycznych, a nie relacji między rozporządzeniami w sprawie wyłączeń grupowych. Zakres rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych definiują jego przepisy (zob. rozdział 2 w odniesieniu do rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych oraz rozdział 3 w odniesieniu do rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Chociaż przykłady podane w pkt 7 stanowią ogólne wskazanie, gdzie może leżeć środek ciężkości łączonego horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, w praktyce konieczna jest indywidualna analiza, z uwzględnieniem kontekstu prawnego i gospodarczego danego porozumienia.

1.2. **Możliwość zastosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych**

1.2.1. *Wprowadzenie*

9. Celem art. 101 jest zagwarantowanie, aby przedsiębiorstwa nie wykorzystywały horyzontalnych porozumień kooperacyjnych do wyłączenia, ograniczania lub zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym z ostateczną szkodą dla konsumentów.
10. Art. 101 ma zastosowanie do przedsiębiorstw i związków przedsiębiorstw. Przedsiębiorstwo oznacza każdą jednostkę złożoną z elementów osobowych, materialnych i niematerialnych, wykonującą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania⁽⁶⁾. Związek przedsiębiorstw oznacza organizację, w ramach której przedsiębiorstwa tego samego ogólnego rodzaju koordynują swoje zachowanie na rynku⁽⁷⁾. Niniejsze wytyczne mają zastosowanie do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych między przedsiębiorstwami i do decyzji związków przedsiębiorstw.

⁽⁶⁾ Zob. np. wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, pkt 72 i cytowane tam orzecznictwo.

⁽⁷⁾ W rozumieniu wyroku z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 76, oraz opinii rzecznika generalnego Légera z dnia 10 lipca 2001 r., Wouters, C-309/99, EU:C:2001:390, pkt 61.

11. Gdy jedno przedsiębiorstwo wywiera decydujący wpływ na inne przedsiębiorstwo, stanowią one jeden podmiot gospodarczy i w związku z tym są częścią tego samego przedsiębiorstwa⁽⁸⁾. Przedsiębiorstw stanowiących część tego samego przedsiębiorstwa nie uważa się do celów niniejszych wytycznych za konkurentów, nawet jeżeli oba prowadzą działalność na tym samym rynku lub tych samych rynkach produktowych i geograficznych.
12. W celu ustalenia odpowiedzialności za naruszenie art. 101 Trybunał Sprawiedliwości uznał, że spółki dominujące i ich wspólny przedsiębiorca stanowią jedną jednostkę gospodarczą, a zatem wspólne przedsiębiorstwo, jeśli chodzi o prawo konkurencji i rynek właściwy lub rynki właściwe, o ile wykazano, że spółki dominujące wywierają decydujący wpływ na wspólnego przedsiębiorcę⁽⁹⁾. W świetle tego orzecznictwa Komisja zasadniczo nie będzie stosować art. 101 do porozumień lub praktyk uzgodnionych między spółkami dominującymi i ich wspólnym przedsiębiorcą w zakresie, w jakim dotyczą one zachowania na rynku właściwym lub rynkach właściwych, na których wspólny przedsiębiorca prowadzi działalność, oraz w okresach, w których spółki dominujące wywierają decydujący wpływ na wspólnego przedsiębiorcę. Komisja będzie jednak zazwyczaj stosować art. 101 do następujących kategorii porozumień:
 - a) porozumienia między spółkami dominującymi w celu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy;
 - b) porozumienia między spółkami dominującymi w celu zmiany zakresu działalności ich wspólnego przedsiębiorcy;
 - c) porozumienia między spółkami dominującymi i ich wspólnym przedsiębiorcą dotyczące produktów lub obszarów geograficznych, w których wspólny przedsiębiorca nie prowadzi działalności oraz
 - d) porozumienia między spółkami dominującymi, w których nie uczestniczy ich wspólny przedsiębiorca, nawet jeżeli porozumienie dotyczy produktów lub obszarów geograficznych, w których wspólny przedsiębiorca prowadzi działalność.
13. Fakt, że dany wspólny przedsiębiorca i jego spółki dominujące zostali uznani za jedno i to samo przedsiębiorstwo na danym rynku, nie wyklucza możliwości uznania spółek dominujących za dwie samodzielne spółki na innych rynkach⁽¹⁰⁾.
14. Aby art. 101 miał zastosowanie do współpracy horyzontalnej, musi istnieć pewna forma koordynacji między konkurentami, a mianowicie porozumienie między przedsiębiorstwami, decyzja związku przedsiębiorstw lub praktyka uzgodniona.

Do celów art. 101 i niniejszych wytycznych porozumienie odnosi się do co najmniej dwóch przedsiębiorstw, które wyraziły zgodną wolę współpracy⁽¹¹⁾. Praktyka uzgodniona stanowi formę koordynacji między przedsiębiorstwami, w ramach której przedsiębiorstwa nie zawierają porozumienia, lecz świadomie zastępują ryzyko związane z konkurencją praktyczną współpracą między sobą⁽¹²⁾. Pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje – poza uzgodnieniem dokonanym przez przedsiębiorstwa – zachowanie na rynku będące wynikiem tego uzgodnienia i związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nimi⁽¹³⁾.

15. Istnienie porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw nie wskazuje samo w sobie, że występuje ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Dla ułatwienia, o ile nie określono inaczej, w niniejszych wytycznych zakres terminu „porozumienie” obejmuje również praktyki uzgodnione i decyzje związków przedsiębiorstw.
16. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą być zawierane przez rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów. Jeżeli dwa przedsiębiorstwa prowadzą działalność na tym samym rynku produktowym i rynku geograficznym, traktuje się je jako rzeczywistych konkurentów. Przedsiębiorstwo uznawane jest za potencjalnego konkurenta innego przedsiębiorstwa, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że – przy braku porozumienia – to

⁽⁸⁾ Zob. np. wyrok z dnia 24 października 1996 r., *Viho*, C-73/95 P, EU:C:1996:405, pkt 51. W przypadku spółek zależnych stanowiących w całości własność przedsiębiorstw dominujących lub w przypadku gdy spółka dominująca posiada wszystkie prawa głosu związane z akcjami swojej spółki zależnej, można założyć, że takie przedsiębiorstwo dominujące wywiera decydujący wpływ na sposób prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwo zależne; zob. np. wyrok z dnia 10 września 2009 r., *Akzo*, C-97/08 P, EU:C:2009:536, pkt 60 i kolejne, wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., *The Goldman Sachs Group Inc./Komisja*, C-595/18 P, EU:C:2021:73, pkt 36.

⁽⁹⁾ Wyrok z dnia 26 września 2013 r., *El du Pont de Nemours and Company*, C-172/12 P, EU:C:2013:601, pkt 47 i wyrok z dnia 14 września 2017 r., *LG Electronics Inc. i Koninklijke Philips Electronics NV*, C-588/15 P i C-622/15 P, EU:C:2017:679, pkt 71 i 76.

⁽¹⁰⁾ Wyrok z dnia 14 września 2017 r., *LG Electronics Inc. i Koninklijke Philips Electronics NV*, C-588/15 P i C-622/15 P, EU:C:2017:679, pkt 79.

⁽¹¹⁾ Zob. np. wyrok z dnia 13 lipca 2006 r., *Komisja/Volkswagen*, C-74/04 P, EU:C:2006:460, pkt 37.

⁽¹²⁾ Zob. np. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 26; wyrok z dnia 31 marca 1993 r., *Wood Pulp*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 to C-129/85, EU:C:1993:120, pkt 63.

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

pierwsze przedsiębiorstwo przeprowadziłoby w krótkim czasie⁽¹⁴⁾ konieczne dodatkowe inwestycje lub poniosłoby inne niezbędne koszty dostosowawcze w celu wejścia na rynek właściwy, na którym prowadzi działalność drugie przedsiębiorstwo. Ocena taka musi opierać się na realistycznych podstawach; nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek⁽¹⁵⁾. Zawarte w niniejszych wytycznych odniesienia do konkurentów obejmują zarówno konkurentów rzeczywistych, jak i potencjalnych, o ile nie wskazano inaczej.

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

- a) czy przedsiębiorstwo posiada silną determinację i własną zdolność do wejścia na rynek w krótkim czasie i czy nie napotyka przy wejściu na rynek niemożliwych do pokonania barier⁽¹⁶⁾;
- b) czy przedsiębiorstwo podjęło wystarczające kroki przygotowawcze umożliwiające mu wejście na dany rynek;
- c) rzeczywiste i konkretne możliwości przedsiębiorstwa, które nie prowadzi jeszcze działalności, wejścia na ten rynek i konkurowania z co najmniej jednym z pozostałych przedsiębiorstw – sama hipotetyczna możliwość wejścia na rynek, czy nawet samo życzenie lub chęć, nie są wystarczające;
- d) struktura rynku oraz kontekst gospodarczy i prawny, w którym to przedsiębiorstwo funkcjonuje⁽¹⁷⁾;
- e) postrzeganie przedsiębiorstwa obecnego na rynku jest istotnym elementem oceny istnienia stosunku konkurencji pomiędzy daną stroną a przedsiębiorstwem spoza rynku, jako że jeśli to drugie jest postrzegane jako gracz, który potencjalnie wejdzie na rynek, może ono, poprzez samo swoje istnienie, wywierać presję konkurencyjną na przedsiębiorstwo obecne na tym rynku.

1.2.2. Ramy analityczne

17. 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⁽¹⁸⁾ skutki ograniczające konkurencję.
18. 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 wynikających z tego porozumienia i ocenie, czy korzyści te równoważą niekorzystne skutki dla konkurencji⁽¹⁹⁾. Ważenie tych ograniczających konkurencję i prokonkurencyjnych skutków danego porozumienia odbywa się wyłącznie w ramach określonych w art. 101 ust. 3⁽²⁰⁾. Jeżeli korzyści dla konsumentów na rynku właściwym nie przeważają nad ograniczeniem konkurencji, zgodnie z art. 101 ust. 2 porozumienie staje się nieważne z mocy prawa.
19. Art. 101 nie ma zastosowania, jeśli antykonkurencyjne zachowanie zostaje narzucone przedsiębiorstwom przez ustawodawstwo krajowe albo jeśli ustawodawstwo to tworzy ramy prawne, które eliminują wszelkie

⁽¹⁴⁾ Definicja „krótkiego czasu” zależy od prawnego i gospodarczego kontekstu i okoliczności sprawy, a zwłaszcza od tego, czy dane przedsiębiorstwo jest stroną horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego czy osobą trzecią. Stosując pojęcie „krótkiego czasu” w celu oceny, czy stroną porozumienia należy uznać za potencjalnego konkurenta drugiej strony, Komisja zazwyczaj bierze pod uwagę czas dłuższy niż w przypadku, gdy stosuje się to pojęcie w celu oceny zdolności osoby trzeciej do wywierania presji konkurencyjnej na strony porozumienia. Aby osoba trzecia mogła być uznana za potencjalnego konkurenta, wejście na rynek musi nastąpić na tyle szybko, aby zagrożenie potencjalnym wejściem na rynek stanowiło presję konkurencyjną na strony porozumienia oraz innych uczestników rynku. Z powyższych względów zarówno w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, jak i rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych za „krótki czas” uznano okres nieprzekraczający trzech lat.

⁽¹⁵⁾ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 37 i 38.

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

⁽¹⁷⁾ Zob. np. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 36–58.

⁽¹⁸⁾ Art. 101 ust. 1 zakazuje występowania zarówno faktycznych, jak i potencjalnych skutków antykonkurencyjnych; zob. np. wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 77; wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 50.

⁽¹⁹⁾ Zob. wyrok z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 95.

⁽²⁰⁾ Zob. wyrok z dnia 23 października 2003 r., Van den Bergh Foods/Komisja, T-65/98, EU:T:2003:281, pkt 107; wyrok z dnia 18 września 2001 r., Métropole télévision (M6) i in./Komisja, sprawa T-112/99, EU:T:2001:215, pkt 74; wyrok z dnia 2 maja 2006 r., O2/Komisja, T-328/03, EU:T:2006:116, pkt 69 i kolejne. Uwzględnienie prokonkurencyjnych skutków pozwala ocenić obiektywną wagę danej praktyki. Nie ma to stanowić „reguły rozsądku”, w myśl której należy wyważyć prokonkurencyjne i antykonkurencyjne skutki porozumienia przy jego kwalifikacji jako „ograniczenia ze względu na cel” w rozumieniu art. 101 ust. 1, zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 104.

możliwości działania zgodnego z regułami konkurencji ze strony tych przedsiębiorstw⁽²¹⁾. W takich sytuacjach przedsiębiorstwa nie mogą podejmować samodzielnych działań, które mogą uniemożliwić, ograniczać lub zakłócać konkurencję⁽²²⁾. Fakt, że organy publiczne zachęcają do zawierania horyzontalnych porozumień kooperacyjnych nie oznacza, że jest to dopuszczalne na podstawie art. 101⁽²³⁾. Jeżeli prawo krajowe tylko zachęca przedsiębiorstwa do podjęcia samodzielnych zachowań antykonkurencyjnych lub ułatwia im to, przedsiębiorstwa podlegają w dalszym ciągu art. 101, np. jeżeli organy publiczne zachęcają przedsiębiorstwa do zawierania horyzontalnych porozumień kooperacyjnych dla osiągnięcia celu związanego z danym obszarem polityki publicznej w drodze samoregulacji.

1.2.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

1.2.3.1. Korzyści współpracy horyzontalnej

20. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą prowadzić do uzyskania znaczących korzyści gospodarczych, w tym korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem, w szczególności w przypadku gdy polegają na połączeniu uzupełniających się działalności, umiejętności lub aktywów. Współpraca horyzontalna może być sposobem na zmniejszenie ryzyka, oszczędność kosztów, zwiększenie inwestycji, gromadzenie know-how, poprawienie jakości i różnorodności produktów oraz szybsze wprowadzanie innowacji na rynek. Podobnie współpraca horyzontalna może być sposobem na eliminowanie niedoborów i zakłóceń w łańcuchach dostaw lub na ograniczanie zależności od konkretnych produktów, usług i technologii.

1.2.3.2. Obawy wynikające ze współpracy horyzontalnej

21. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą jednak na różne sposoby ograniczać konkurencję na rynku właściwym. Porozumienia takie mogą np. prowadzić do zмовy między stronami lub mogą powodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku.

Horyzontalne porozumienie kooperacyjne może zmniejszyć niezależność stron w podejmowaniu decyzji i wskutek tego zwiększyć prawdopodobieństwo, że będą one koordynowały swoje zachowania w celu osiągnięcia zмовy. Może również – w przypadku stron, które już wcześniej koordynowały swoje działania – ułatwić koordynację oraz uczynić ją stabilniejszą i wydajniejszą poprzez jej wzmocnienie albo umożliwienie stronom stosowania jeszcze wyższych cen. Współpraca horyzontalna może np. prowadzić do ujawniania szczególnie chronionych informacji handlowych, co zwiększa prawdopodobieństwo koordynacji działań pomiędzy stronami w obszarze współpracy lub poza nim. Ponadto strony mogą osiągnąć wysoki stopień uwspólnienia kosztów (tj. części kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron), dzięki czemu strony mogą łatwiej koordynować ceny rynkowe i wielkość produkcji. Zanik konkurencji może mieć również negatywny wpływ na jakość lub różnorodność produktów, innowacje i inne parametry konkurencji.

Niektóre horyzontalne porozumienia kooperacyjne, na przykład porozumienia produkcyjne i standaryzacyjne, mogą powodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku. Porozumienie może uniemożliwić lub ograniczyć konkurentom stron skuteczną konkurencję, na przykład na skutek odmówienia im dostępu do istotnych składników lub blokowania istotnej drogi dostępu do rynku. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może również powodować, że konkurenci nieuczestniczący w tej wymianie znajdują się w znacznie gorszym położeniu konkurencyjnym niż przedsiębiorstwa, które w wymianie uczestniczą.

1.2.4. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

22. Pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji⁽²⁴⁾. W takich przypadkach badanie rzeczywistego lub potencjalnego wpływu takiego zachowania na rynek nie jest konieczne, jeżeli stwierdzono istnienie jego antykonkurencyjnego celu⁽²⁵⁾.

23. Pojęcie ograniczeń konkurencji „ze względu na cel” należy interpretować w sposób ścisły i można je stosować tylko do niektórych porozumień między przedsiębiorstwami, które to porozumienia same w sobie i ze względu na treść ich postanowień, cele, do których zmierzają, a także kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisują,

⁽²¹⁾ Zob. wyrok z dnia 14 października 2010 r., Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 80–81. Możliwość tę interpretowano wąsko; zob. np. wyrok z dnia 29 października 1980 r., Van Landewyck, sprawy połączone 209–215 i 218/78, EU:C:1980:248, pkt 130–134; wyrok z dnia 11 listopada 1997 r., Ladbroke Racing, C-359/95 P i C-379/95 P, EU:C:1997:531, pkt 33 i kolejne.

⁽²²⁾ Wyrok z dnia 9 września 2003 r., CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, pkt 54 i kolejne.

⁽²³⁾ Zob. np. wyrok z dnia 13 grudnia 2006 r., FNCEB v in./Komisja (francuska wołowina), T-217/03 i T-245/03, EU:T:2006:391, pkt 92.

⁽²⁴⁾ Zob. np. wyrok z dnia 11 września 2014 r., CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 49–50.

⁽²⁵⁾ Zob. np. wyrok z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 55; wyrok z dnia 20 listopada 2008 r., BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 16; wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 29 i kolejne; wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 77.

są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby można było uznać, iż nie ma konieczności badania ich skutków⁽²⁶⁾.

24. Zgodnie z orzecznictwem ograniczenia można zakwalifikować jako ograniczenia „ze względu na cel” na podstawie wystarczająco wiarygodnych i solidnych doświadczeń, aby można było uznać, że dane porozumienie jest ze swej natury szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji⁽²⁷⁾, lub na podstawie szczególnych cech porozumienia, z których można wyciągnąć wnioski o ewentualnej szczególnej szkodliwości dla konkurencji, w razie potrzeby po przeprowadzeniu szczegółowej analizy tego porozumienia, jego celów oraz kontekstu gospodarczego i prawnego, w który się ono wpisuje⁽²⁸⁾.
25. Aby stwierdzić ograniczenie „ze względu na cel”, nie jest konieczne istnienie bezpośredniego związku między tym porozumieniem a cenami konsumpcyjnymi⁽²⁹⁾. Art. 101 ma na celu ochronę nie tylko bezpośrednich interesów poszczególnych konkurentów lub konsumentów, lecz również ochronę struktury rynku i w ten sposób – konkurencji jako takiej⁽³⁰⁾.
26. Aby ocenić, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel⁽³¹⁾, uwzględnia się następujące elementy:
 - a) treść porozumienia;
 - b) cele, których osiągnięciu ono służy; oraz
 - c) kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się ono wpisuje.
27. Przy ocenianiu kontekstu prawnego i gospodarczego konieczne jest również uwzględnienie⁽³²⁾:
 - a) charakteru towarów lub usług, których porozumienie dotyczy; oraz
 - b) rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury danego rynku lub danych rynków⁽³³⁾.
28. Jeżeli strony podnoszą ewentualne prokonkurencyjne skutki porozumienia, skutki te trzeba należyście uwzględnić jako elementy kontekstu w celu zakwalifikowania porozumienia jako ograniczenia ze względu na cel, w zakresie, w jakim mogą one podważyć ogólną ocenę wystarczającego stopnia szkodliwości danego porozumienia dla konkurencji⁽³⁴⁾. W odniesieniu do tego celu takie prokonkurencyjne skutki porozumienia powinny być jednak nie tylko udowodnione i istotne, lecz także właściwe dla danego porozumienia i wystarczająco ważne⁽³⁵⁾.
29. Intencje stron nie są czynnikiem niezbędnym do ustalenia, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, mogą one być jednak wzięte pod uwagę⁽³⁶⁾.

1.2.5. Skutki ograniczające konkurencję

30. Horyzontalne porozumienie kooperacyjne, które samo w sobie nie wykazuje dostatecznego stopnia szkodliwości dla konkurencji, może jednak mieć skutki ograniczające konkurencję. Aby można było uznać, że horyzontalne porozumienie kooperacyjne ma skutki ograniczające konkurencję, musi ono mieć znaczący,

⁽²⁶⁾ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) Ltd i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 67 i cytowane tam orzecznictwo.

⁽²⁷⁾ Wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank Nyrt. i in., C-228/18, EU:C:2020:265, pkt 76 i 79.

⁽²⁸⁾ Zob. wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, pkt 130–131 oraz wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Sun/Komisja, C-586/16 P, EU:C:2021:241, pkt 86. Fakt, że Komisja nie uznała wcześniej, że porozumienie podobne do omawianego porozumienia miało charakter ograniczający „ze względu na cel”, nie stanowi sam w sobie przeszkody, by nie uczyniła tego w przyszłości.

⁽²⁹⁾ Jednym z parametrów konkurencji, oprócz takich parametrów jak produkcja, jakość produktu, różnorodność lub innowacyjność produktu, jest cena.

⁽³⁰⁾ Wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 38–39; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 125. Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., HSBC/Komisja, C-883/19 P, EU:C:2023:11, pkt 121.

⁽³¹⁾ Ograniczenia, które w rozporządzeniach, wytycznych i zawiadomieniach w sprawie wyłączeń grupowych są określane jako najpoważniejsze ograniczenia, Komisja uznaje za ograniczenia ze względu na cel.

⁽³²⁾ W przypadku porozumień, w odniesieniu do których Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł już, że stanowią szczególnie poważne naruszenie reguł konkurencji, analiza kontekstu prawnego i gospodarczego może ograniczyć się do tego, co jest ściśle konieczne w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel, zob. wyrok z dnia 20 stycznia 2016 r., Toshiba, C-373/14 P, EU:C:2016:26, pkt 29.

⁽³³⁾ Zob. wyrok z dnia 11 września 2014 r. CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 53; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 117 oraz wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Budapest Bank i in., C-228/18, EU:C:2020:265, pkt 51.

⁽³⁴⁾ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 103–107 oraz wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r. HSBC/Komisja, C-883/19 P, EU:C:2023:11, pkt 139.

⁽³⁵⁾ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 107.

⁽³⁶⁾ Zob. np. wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in., C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 37; wyrok z dnia 11 września 2014 r. CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 54 oraz wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 118.

faktyczny lub prawdopodobny, negatywny wpływ na co najmniej jeden z parametrów konkurencji na rynku, takich jak cena, produkcja, jakość produktu, różnorodność lub innowacyjność produktu. Aby ustalić, czy ma to miejsce w danym przypadku, należy zbadać, jak wyglądałaby konkurencja w rzeczywistym kontekście, w jakim pojawiłaby się, gdyby nie istniało dane porozumienie ⁽³⁷⁾.

31. Porozumienia mogą mieć skutki ograniczające konkurencję poprzez znaczne zmniejszenie konkurencji między przedsiębiorstwami będącymi stronami danego porozumienia lub też między jedną ze stron a osobą trzecią. Oznacza to, że porozumienie musi zmniejszać niezależność stron w podejmowaniu decyzji ⁽³⁸⁾ 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, na przykład poprzez powodowanie zmiany jej motywacji.
32. Aby ocenić, czy porozumienie ma skutki ograniczające konkurencję, uwzględnia się następujące istotne czynniki:
 - a) charakter i treść porozumienia;
 - b) konkretne ramy, w które współpraca się wpisuje, w szczególności kontekst gospodarczy i prawny, w jakim prowadzą działalność zainteresowane przedsiębiorstwa, charakter towarów lub usług, których to porozumienie dotyczy, oraz rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury rozpatrywanego rynku lub rynków ⁽³⁹⁾;
 - c) zakres, w jakim strony indywidualnie lub wspólnie posiadają lub uzyskują pewien poziom władzy rynkowej ⁽⁴⁰⁾ oraz stopień, w jakim porozumienie przyczynia się do powstania, utrzymania lub wzmocnienia tej władzy rynkowej lub też pozwala stronom na jej wykorzystywanie;
 - d) skutki ograniczające konkurencję mogą być rzeczywiste i potencjalne, ale w każdym przypadku muszą one być wystarczająco odczuwalne ⁽⁴¹⁾.
33. W niektórych przypadkach przedsiębiorstwa zawierają horyzontalne porozumienia kooperacyjne, ponieważ na podstawie obiektywnych czynników nie byłyby w stanie niezależnie realizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy, na przykład w wyniku ograniczonych możliwości technicznych. Takie horyzontalne porozumienia kooperacyjne nie będą zazwyczaj powodować powstania skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, chyba że strony mogłyby zrealizować projekt przy mniej surowych ograniczeniach ⁽⁴²⁾.
- 1.2.6. *Ograniczenia dodatkowe*
34. W przypadku gdy przedsiębiorstwa podejmują współpracę, która nie jest objęta zakazem określonym w art. 101 ust. 1, ponieważ ma neutralny lub pozytywny wpływ na konkurencję, ograniczenie autonomii handlowej jednego lub większej liczby uczestniczących przedsiębiorstw również nie jest objęte tym zakazem, pod warunkiem że ograniczenie to jest obiektywnie konieczne do realizacji współpracy i jest proporcjonalne do celów tej współpracy (tzw. „ograniczenia dodatkowe”) ⁽⁴³⁾. Aby ustalić, czy dane ograniczenie stanowi ograniczenie dodatkowe, należy zbadać, czy realizacja współpracy byłaby niemożliwa w przypadku braku danego ograniczenia. Fakt, że współpraca staje się po prostu trudniejsza do zrealizowania czy mniej korzystna w przypadku braku danego ograniczenia, nie sprawia, że ograniczenie ma charakter „obiektywnie konieczny” i jest zatem dodatkowe ⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁷⁾ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 118; wyrok z dnia 12 grudnia 2018 r., Krka/Komisja, T-684/14, EU:T:2018:918, pkt 315 oraz wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 166.

⁽³⁸⁾ Zob. wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 88; wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 51.

⁽³⁹⁾ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 116 i cytowane tam orzecznictwo. Rzeczywisty kontekst współpracy może obejmować takie czynniki, jak: obecność wystarczających możliwości zmiany dostawcy przez klientów; prawdopodobieństwo, że konkurenci zwiększą dostawy w przypadku wzrostu cen; czy cechy rynku sprzyjają koordynacji; czy działalność będąca przedmiotem współpracy stanowi znaczną część kosztów zmiennych stron na rynku właściwym itd. Istotna może być również ocena, czy strony łączą swoje działalności będące przedmiotem współpracy w znacznym zakresie. Może to mieć miejsce na przykład w sytuacji, gdy strony wspólnie produkują lub nabywają produkt pośredni, który stanowi ważny wkład w ich produkcję produktów rynku niższego szczebla, lub gdy wspólnie produkują lub dystrybuują znaczną część całkowitej produkcji końcowego produktu.

⁽⁴⁰⁾ Władza rynkowa jest to zdolność do opłacalnego utrzymywania cen powyżej poziomu konkurencyjnego przez pewien okres lub też opłacalnego utrzymywania produkcji pod względem ilości, jakości i różnorodności produktów lub innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez pewien okres. Poziom władzy rynkowej wymagany zazwyczaj do stwierdzenia naruszenia przepisów prawa na podstawie art. 101 ust. 1 jest niższy niż poziom władzy rynkowej wymagany do stwierdzenia dominacji na podstawie art. 102.

⁽⁴¹⁾ Zob. wyrok z dnia 11 września 2014 r., CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 52.

⁽⁴²⁾ Zob. również pkt 18 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97) („wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3”).

⁽⁴³⁾ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89; wyrok z dnia 11 lipca 1985 r., Remia i in./Komisja, sprawa 42/84, EU:C:1985:327, pkt 19–20; wyrok z dnia 28 stycznia 1986 r., Pronuptia, sprawa 161/84, EU:C:1986:41, pkt 15–17; wyrok z dnia 15 grudnia 1994 r., Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, pkt 35 oraz wyrok z dnia 12 grudnia 1995 r., Oude Luttikhuis i in., C-399/93, EU:C:1995:434, pkt 12–15.

⁽⁴⁴⁾ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard /Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 91.

1.2.7. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

35. Ocena ograniczeń konkurencji ze względu na cel lub skutek przeprowadzana na podstawie art. 101 ust. 1 stanowi tylko jedną stronę analizy na podstawie art. 101. Drugą stroną jest ocena, czy porozumienie ograniczające konkurencję spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3 ⁽⁴⁵⁾. Jeżeli ustalono, że porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel lub skutek w rozumieniu art. 101 ust. 1, dla celów obrony można powołać się na art. 101 ust. 3. Ciężar dowodu spełnienia przesłanek art. 101 ust. 3 spoczywa na przedsiębiorstwie lub przedsiębiorstwach ubiegających się o skorzystanie z tego postanowienia ⁽⁴⁶⁾. Innymi słowy, to przedsiębiorstwa muszą udowodnić, że dane porozumienie może prowadzić do wystąpienia skutków prokonkurencyjnych ⁽⁴⁷⁾.
36. Zastosowanie wyjątku przewidzianego w art. 101 ust. 3 wymaga łącznego spełnienia czterech warunków – dwóch pozytywnych i dwóch negatywnych:
- a) porozumienie musi prowadzić do przyrostu wydajności, tzn. musi przyczynić się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego;
 - b) ograniczenia muszą być niezbędne do osiągnięcia tych celów, tj. wspomnianego przyrostu wydajności;
 - c) konsumenci muszą otrzymywać słuszną część zysku, który wynika z porozumienia, tj. przyrost wydajności, w tym przyrost wydajności jakościowej, osiągnięty w wyniku niezbędnych ograniczeń musi być w odpowiedni sposób przeniesiony na konsumentów, tak aby przynajmniej zrekompensować im skutki ograniczające wynikające z porozumienia. W związku z tym nie wystarczy osiągnięcie przyrostu wydajności tylko przez strony porozumienia. Na potrzeby niniejszych wytycznych pojęcie „konsumentów” obejmuje klientów stron porozumienia i kolejnych nabywców ⁽⁴⁸⁾;
 - d) porozumienie nie może dawać stronom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.
37. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych opierają się na założeniu, że połączenie uzupełniających się umiejętności lub aktywów może być źródłem znacznego przyrostu wydajności w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych i specjalizacyjnych. Inne rodzaje współpracy horyzontalnej mogą w podobny sposób łączyć umiejętności i aktywa w celu uzyskania znacznej efektywności. Analiza efektywności generowanych przez porozumienie kooperacyjne na podstawie art. 101 ust. 3 jest wobec tego w znacznym stopniu kwestią zidentyfikowania uzupełniających się umiejętności i zasobów, które każda ze stron wnosi do współpracy, oraz oceny, czy w związku z wynikającą z tego efektywnością spełnione są warunki art. 101 ust. 3.

Uzupełnianie się może wynikać z horyzontalnych porozumień kooperacyjnych na różne sposoby. Porozumienie badawczo-rozwojowe może skutkować połączeniem zróżnicowanych zdolności badawczych i uzupełniających się umiejętności i aktywów, które mogą prowadzić do opracowywania i wprowadzania na rynek nowych lub lepszych produktów i technologii, które w przeciwnym razie by nie istniały. Inne horyzontalne porozumienia kooperacyjne mogą umożliwić stronom połączenie sił w celu opracowywania, produkowania i wprowadzania na rynek produktów lub wspólnego nabywania produktów lub usług, których strony te potrzebują w swojej działalności.

38. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne, które nie polegają na łączeniu uzupełniających się umiejętności lub aktywów, rzadziej prowadzą do powstania korzystnego dla konsumentów przyrostu wydajności.
- 1.2.8. Horyzontalne porozumienia kooperacyjne, które zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1
39. Porozumienia, które nie mogą w znaczący sposób wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi (brak wpływu na wymianę handlową) ani w znaczący sposób ograniczyć konkurencji (porozumienia o mniejszym znaczeniu) nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1 ⁽⁴⁹⁾. Komisja przedstawiła wskazówki dotyczące braku wpływu na wymianę handlową w wytycznych Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel

⁽⁴⁵⁾ Podejście ogólne wykorzystywane przy stosowaniu art. 101 ust. 3 przedstawiono w wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

⁽⁴⁶⁾ Zob. 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 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1).

⁽⁴⁷⁾ Zob. pkt 51–58 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

⁽⁴⁸⁾ Bardziej szczegółowe informacje na temat pojęcia konsumentów podano w pkt 84 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

⁽⁴⁹⁾ Zob. wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 16–17 i cytowane tam orzecznictwo.

zawartego w art. 81 i 82 Traktatu ⁽⁵⁰⁾ („wytyczne w sprawie wpływu na handel”), a wskazówki dotyczące braku wpływu na porozumienia o mniejszym znaczeniu w zawiadomieniu Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ⁽⁵¹⁾ („obwieszczenie *de minimis*”). Zarówno wytyczne w sprawie wpływu na handel, jak i obwieszczenie *de minimis* są szczególnie istotne dla oceny horyzontalnych porozumień kooperacyjnych między małymi i średnimi przedsiębiorstwami („MŚP”) ⁽⁵²⁾. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wytycznych w sprawie wpływu na handel i obwieszczenia *de minimis* ani przyszłych wytycznych Komisji w tym zakresie.

40. W wytycznych w sprawie wpływu na handel określono zasady opracowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej na potrzeby interpretacji pojęcia wpływu na handel oraz wskazano, kiedy jest mało prawdopodobne, aby porozumienia mogły mieć znaczący wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Wytyczne zawierają negatywne domniemanie wzruszalne, które ma zastosowanie do wszystkich porozumień w rozumieniu art. 101 ust. 1, niezależnie od charakteru ograniczeń zawartych w takich porozumieniach, a zatem ma zastosowanie również do porozumień zawierających najpoważniejsze ograniczenia konkurencji ⁽⁵³⁾. Zgodnie z tym domniemaniem horyzontalne porozumienia kooperacyjne nie mogą co do zasady w znaczący sposób wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi, jeżeli:

a) całkowity udział stron w jakimkolwiek rynku właściwym w Unii, na który porozumienie ma wpływ, nie przekracza 5 %; oraz

b) całkowity roczny obrót w Unii danych przedsiębiorstw dotyczący produktów objętych porozumieniem nie przekracza 40 mln EUR ⁽⁵⁴⁾. W przypadku porozumień dotyczących wspólnego nabywania produktów właściwy obrót stanowią dokonane przez strony łączne zakupy produktów objętych porozumieniem.

41. Zgodnie z obwieszczeniem *de minimis* horyzontalne porozumienia kooperacyjne zawarte między rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami nie ograniczają odczuwalnie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 10 % na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie ⁽⁵⁵⁾. Ta zasada ogólna podlega dwóm wyjątkom. Po pierwsze, jeżeli chodzi o ograniczenia konkurencji ze względu na cel, art. 101 ust. 1 ma zastosowanie bez względu na udział stron w rynku. Wynika to z faktu, że porozumienie mogące wpłynąć na handel między państwami członkowskimi i mające antykonkurencyjny cel może – z uwagi na swój charakter i bez względu na to, jakie są jego konkretne skutki – stanowić odczuwalne ograniczenie konkurencji ⁽⁵⁶⁾. Po drugie, próg udziału w rynku w wysokości 10 % obniżono do 5 %, w przypadku gdy na rynku właściwym konkurencja zostaje ograniczona przez skutki skumulowane równoległych sieci porozumień ⁽⁵⁷⁾.

42. Ponadto nie przyjmuje się domniemania, że porozumienia horyzontalne zawarte przez przedsiębiorstwa, których łączny udział w rynku przekracza 10 %, automatycznie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1. Porozumienia takie mogą nadal nie mieć znaczącego wpływu na handel między państwami członkowskimi lub mogą nie stanowić odczuwalnego ograniczenia konkurencji ⁽⁵⁸⁾. Porozumienia takie powinny być zatem oceniane w ich kontekście prawnym i gospodarczym. Niniejsze wytyczne zawierają kryteria dotyczące indywidualnej oceny takich porozumień.

1.3. Związek z innymi wskazówkami, przepisami i orzecznictwem

43. Porozumienia zawierane między przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji, tzn. porozumienia wertykalne, są generalnie objęte rozporządzeniem Komisji (UE) 2022/720 ⁽⁵⁹⁾ („VBER”) oraz komunikatem Komisji – zawiadomienie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych ⁽⁶⁰⁾ (zwanym dalej „wytycznymi wertykalnymi”). Jeżeli jednak porozumienia wertykalne są zawierane między konkurentami, mogą one stwarzać problemy w zakresie konkurencji podobne do tych, jakie

⁽⁵⁰⁾ Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 81.

⁽⁵¹⁾ Dz.U. C 291 z 30.8.2014, s. 1.

⁽⁵²⁾ Zgodnie z definicją zawartą w załączniku do zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 36).

⁽⁵³⁾ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 50.

⁽⁵⁴⁾ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 52.

⁽⁵⁵⁾ Obwieszczenie *de minimis*, pkt 8.

⁽⁵⁶⁾ Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 37.

⁽⁵⁷⁾ Obwieszczenie *de minimis*, pkt 10.

⁽⁵⁸⁾ Zob. wyrok z dnia 8 czerwca 1995 r., Langnese-Iglo/Komisja, T-7/93, EU:T:1995:98, pkt 98.

⁽⁵⁹⁾ Rozporządzenie Komisji (UE) 2022/720 z dnia 10 maja 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. L 134 z 11.5.2022, s. 4).

⁽⁶⁰⁾ Dz.U. C 248 z 30.6.2022, s. 1.

stwarzają porozumienia horyzontalne. Z tego powodu porozumienia wertykalne między konkurentami zasadniczo nie mogą być objęte VBER⁽⁶¹⁾ i powinny być najpierw oceniane przy użyciu niniejszych wytycznych. Jeżeli ocena taka prowadzi do wniosku, że porozumienie nie powoduje obaw z punktu widzenia relacji horyzontalnych, wszelkie ograniczenia wertykalne zawarte w porozumieniu powinny zostać dodatkowo ocenione przy użyciu wytycznych wertykalnych.

44. W przypadku gdy niniejsze wytyczne odnoszą się do rynku właściwego, wskazówki dotyczące zasad, kryteriów i dowodów, z jakich korzysta Komisja w celu zdefiniowania rynków właściwych, zawiera obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji⁽⁶²⁾ (zwane dalej „obwieszczeniem w sprawie definicji rynku”). Przy ocenie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych na podstawie art. 101 należy zatem uwzględnić to obwieszczenie i wszelkie przyszłe wytyczne Komisji dotyczące definicji rynków właściwych do celów unijnego prawa konkurencji.
45. Chociaż w niniejszych wytycznych znajdują się odniesienia do karteli, ich celem nie jest dostarczanie wskazówek na temat tego, co stanowi kartel, a co go nie stanowi w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i praktyki decyzyjnej Komisji.
46. Niniejsze wytyczne stosuje się do najbardziej powszechnych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, bez względu na poziom integracji, jaki one za sobą pociągają, z wyjątkiem operacji stanowiących koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004⁽⁶³⁾ („rozporządzenie w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw”). Rozporządzenie w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw stosuje się na przykład do przypadków tworzenia wspólnych przedsiębiorców pełniących w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego („wspólni przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji”)⁽⁶⁴⁾.
47. Niniejsze wytyczne nie mają zastosowania do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw ani praktyk uzgodnionych producentów produktów rolnych, które odnoszą się do produkcji rolnej lub handlu produktami rolnymi i których celem jest stosowanie normy zrównoważonego rozwoju wyższej niż norma przewidziana w prawie Unii lub prawie krajowym, oraz które są wyłączone z zakresu stosowania art. 101 ust. 1 zgodnie z art. 210a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013⁽⁶⁵⁾. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wytycznych, które Komisja może wydać na podstawie art. 210a ust. 5 rozporządzenia (UE) nr 1308/2013. Porozumienia, decyzje związków i praktyki uzgodnione producentów produktów rolnych, które odnoszą się do produkcji rolnej lub handlu produktami rolnymi i które nie spełniają warunków określonych w art. 210a rozporządzenia (UE) nr 1308/2013, podlegają jednak art. 101 ust. 1.
48. Ocena na podstawie art. 101, przedstawiona w niniejszych wytycznych, pozostaje bez uszczerbku dla możliwości równoległego stosowania art. 102 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶¹⁾ W drodze wyjątku od tej zasady porozumienia wertykalne między konkurentami mogą być objęte VBER, jeżeli porozumienie nie ma charakteru wzajemnego i albo (i) dostawca prowadzi działalność na wyższym szczeblu obrotu jako producent, importer lub hurtownik oraz na niższym szczeblu obrotu jako importer, hurtownik lub sprzedawca detaliczny towarów, a nabywca jest importerem, hurtownikiem lub sprzedawcą detalicznym na niższym szczeblu obrotu i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na wyższym szczeblu obrotu, na którym nabywa towary objęte porozumieniem, albo (ii) dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem. (zob. VBER, art. 2 ust. 4).

⁽⁶²⁾ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5).

⁽⁶³⁾ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1).

⁽⁶⁴⁾ Zob. art. 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. 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, koordynację taką należy oceniać na podstawie art. 101 Traktatu (zob. art. 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw).

⁽⁶⁵⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007 (Dz.U. L 347 z 20.12.2013, s. 671). Zob. w odniesieniu do wspólnej organizacji rynków w sektorze rybołówstwa art. 41 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1379/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie wspólnej organizacji rynków produktów rybołówstwa i akwakultury, zmieniającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1184/2006 i (WE) nr 1224/2009 oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 104/2000 (Dz.U. L 354 z 28.12.2013, s. 1).

⁽⁶⁶⁾ Zob. wyrok z dnia 10 lipca 1990 r., Tetra Pak I, T-51/89, EU:T:1990:41, pkt 25 i kolejne.

49. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wykładni, jakiej może dokonać Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do stosowania art. 101 do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych.
50. Niniejsze wytyczne nie mają zastosowania w zakresie, w jakim mają zastosowanie przepisy sektorowe, jak ma to miejsce w przypadku niektórych porozumień w dziedzinie rolnictwa ⁽⁶⁷⁾ lub transportu ⁽⁶⁸⁾. Komisja będzie nadal monitorowała funkcjonowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych oraz niniejszych wytycznych w oparciu o informacje rynkowe pochodzące od zainteresowanych podmiotów i krajowych organów ochrony konkurencji, i może zmienić niniejsze wytyczne w związku z przyszłym rozwojem sytuacji i jej zmieniającą się oceną.

2. POROZUMIENIA BADAWCZO-ROZWOJOWE

2.1. Wprowadzenie

51. Niniejszy rozdział zawiera wskazówki dotyczące oceny wpływu na konkurencję porozumień badawczo-rozwojowych dotyczących produktów, technologii lub procesów ⁽⁶⁹⁾.
52. Porozumienia badawczo-rozwojowe są zróżnicowane pod względem formy i zakresu. Obejmują one porozumienia, w ramach których jedna strona finansuje prace badawczo-rozwojowe prowadzone przez drugą stronę („opłacane” prace badawczo-rozwojowe), porozumienia dotyczące wspólnego ulepszania istniejących produktów i technologii oraz porozumienia dotyczące rozwoju produktów i technologii, które wywołałyby zupełnie nowy popyt. Współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych może przybierać formę porozumienia kooperacyjnego lub utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, tj. wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa ⁽⁷⁰⁾. Przedsiębiorstwa mogą również współpracować w ramach swobodniejszych form, takich jak współpraca techniczna w grupach roboczych.
53. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą być zawierane przez duże przedsiębiorstwa, MŚP ⁽⁷¹⁾, przedsiębiorstwa typu start-up, instytucje akademickie lub instytuty badawcze lub przez każdy z tych podmiotów w dowolnej kombinacji.
54. Porozumienia kooperacyjne w zakresie prac badawczo-rozwojowych mają często prokonkurencyjne skutki, w szczególności gdy łączą przedsiębiorstwa o uzupełniających się umiejętnościach i aktywach oraz umożliwiają im opracowywanie i wprowadzanie do obrotu nowych i ulepszonych produktów i technologii szybciej, niż miałyby to miejsce w innym przypadku. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą jednak również ograniczać konkurencję na różne sposoby. Po pierwsze, mogą one osłabić lub spowolnić proces innowacji, prowadząc do wprowadzania do obrotu mniejszej liczby produktów lub produktów gorszej jakości lub do wprowadzania do obrotu nowych produktów później, niż normalnie miałyby to miejsce. Może to mieć miejsce nawet w przypadku, gdy współpraca dotyczy opracowywania produktów lub technologii, które stworzyłyby zupełnie nowy popyt, lub gdy dotyczy wczesnych działań w zakresie innowacji, które nie są ściśle związane z konkretnym produktem lub technologią, tylko są ukierunkowane na konkretne zastosowanie lub wykorzystanie. Po drugie, porozumienia badawczo-rozwojowe mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji między stronami poza zakresem porozumienia kooperacyjnego lub – w przypadku gdy co najmniej jedna strona posiada władzę rynkową – do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku osobom trzecim.
55. Niniejszy rozdział skonstruowano w następujący sposób:
 - a) sekcja 2.2 zawiera wskazówki dotyczące stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, w tym warunków obejmowania porozumień badawczo-rozwojowych wyłączeniami, progów oraz najpoważniejszych i wykluczonych ograniczeń konkurencji;
 - b) sekcja 2.3 zawiera wskazówki dotyczące indywidualnej oceny porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 1;
 - c) sekcja 2.4 zawiera wskazówki dotyczące indywidualnej oceny porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 3;
 - d) sekcja 2.5 zawiera wskazówki dotyczące odpowiedniego okresu na potrzeby oceny porozumień badawczo-rozwojowych;
 - e) sekcja 2.6 zawiera przykłady hipotetycznych porozumień badawczo-rozwojowych wraz z wytycznymi dotyczącymi oceny ich wpływu na konkurencję.

⁽⁶⁷⁾ 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).

⁽⁶⁸⁾ 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) oraz rozporządzenie Komisji (WE) nr 906/2009 z dnia 28 września 2009 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do określonych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych pomiędzy przedsiębiorstwami żeglugi liniowej (konsorcja) (Dz.U. L 256 z 29.9.2009, s. 31).

⁽⁶⁹⁾ W niniejszym rozdziale odniesienia do „technologii” obejmują technologie i procesy.

⁽⁷⁰⁾ Niniejsze wytyczne stosuje się do najbardziej powszechnych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, bez względu na poziom integracji, jaki one za sobą pociągają, z wyjątkiem operacji stanowiących koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, takich jak utworzenie wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji. Zob. także pkt 46.

⁽⁷¹⁾ Zgodnie z definicją zawartą w załączniku do zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 36).

- 2.2. **Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych**
56. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ⁽⁷²⁾ przewidziano wyłączenie niektórych porozumień badawczo-rozwojowych z zakazu określonego w art. 101 ust. 1. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych opiera się na założeniu, że – w zakresie, w jakim porozumienie badawczo-rozwojowe jest objęte art. 101 ust. 1 i spełnia warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych – będzie ono co do zasady spełniać cztery łączne warunki określone w art. 101 ust. 3. Ze względów praktycznych przedsiębiorstwa, które zamierzają zawrzeć porozumienie badawczo-rozwojowe, mogą najpierw rozważyć, czy ich porozumienie może być objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.
57. Porozumienia badawczo-rozwojowe, które spełniają warunki rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, są zgodne z art. 101 i dalsza ocena nie jest konieczna ⁽⁷³⁾. Jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe nie spełnia warunków rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, należy przeprowadzić indywidualną ocenę na podstawie art. 101, aby stwierdzić przede wszystkim, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 ⁽⁷⁴⁾, a jeśli tak, to czy spełnia cztery łączne warunki określone w art. 101 ust. 3.
- 2.2.1. *Definicja prac badawczo-rozwojowych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych*
58. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych prace badawczo-rozwojowe definiuje się jako działania mające na celu pozyskiwanie know-how dotyczącego produktów lub technologii oraz prowadzenie analiz teoretycznych, systematycznego badania lub doświadczeń, w tym produkcji eksperymentalnej i demonstracyjnej, techniczne testowanie produktów lub procesów, zapewnianie koniecznego wyposażenia do skali demonstracyjnej oraz uzyskiwanie praw własności intelektualnej w odniesieniu do wyników prac ⁽⁷⁵⁾.
- 2.2.2. *Definicja porozumień badawczo-rozwojowych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych*
59. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje swoim zakresem porozumienia badawczo-rozwojowe, które zostały zawarte przez co najmniej dwie strony i które odnoszą się do warunków, na jakich strony te realizują następujące cele ⁽⁷⁶⁾:
- prowadzą wspólne prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową, które mogą obejmować wspólne wykorzystywanie wyników tych prac, ale nie muszą; lub
 - prowadzą opłacane prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową, które mogą obejmować wspólne wykorzystywanie wyników tych prac, ale nie muszą; lub
 - wspólnie wykorzystują wyniki prac badawczo-rozwojowych nad produktami lub technologiami objętymi umową prowadzonych zgodnie z wcześniejszym porozumieniem dotyczącym prowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych (jak zdefiniowano w lit. a) powyżej) między tymi samymi stronami; lub
 - wspólnie wykorzystują wyniki prac badawczo-rozwojowych nad produktami lub technologiami objętymi umową prowadzonych zgodnie z wcześniejszym porozumieniem dotyczącym prowadzenia opłacanych prac badawczo-rozwojowych (jak zdefiniowano w lit. b) powyżej) między tymi samymi stronami.
60. Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych „produkty objęte umową” oraz „technologie objęte umową” mają następujące znaczenie:
- „produkt objęty umową” ⁽⁷⁷⁾ oznacza produkt powstały w wyniku wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych bądź też wyprodukowany w wyniku zastosowania technologii objętych umową. „produkt” oznacza towar lub usługę, w tym zarówno towary i usługi pośrednie, jak i towary i usługi końcowe ⁽⁷⁸⁾;
 - „technologia objęta umową” ⁽⁷⁹⁾ oznacza technologię lub proces powstałe w wyniku wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych.
61. Inne rodzaje porozumień kooperacyjnych w zakresie prac badawczo-rozwojowych nie są objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Porozumienia takie wymagają zawsze indywidualnej oceny na podstawie art. 101 (zob. sekcje 2.3 i 2.4).

⁽⁷²⁾ Rozporządzenie Komisji (UE) 2023/1066 z dnia 1 czerwca 2023 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz.U. L 143 z 2.6.2023, s. 9).

⁽⁷³⁾ Chyba że w indywidualnym przypadku Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji cofnie przywilej wyłączenia grupowego (zob. sekcja 2.2.6) i wówczas do czasu takiego cofnięcia.

⁽⁷⁴⁾ Więcej informacji na temat oceny porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 1 można znaleźć w sekcji 2.3.

⁽⁷⁵⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁷⁶⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁷⁷⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁷⁸⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁷⁹⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

- 2.2.2.1. Rozróżnienie między „wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi” a „opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi” i pojęcie „specjalizacji w kontekście prac badawczo-rozwojowych”
62. „Wspólne prace badawczo-rozwojowe” definiuje się jako prace badawczo-rozwojowe prowadzone w jeden z następujących sposobów ⁽⁸⁰⁾:
- a) prace badawczo-rozwojowe prowadzi wspólny zespół, wspólna organizacja lub wspólne przedsiębiorstwo;
 - b) strony wspólnie powierzają działania badawczo-rozwojowe osobie trzeciej ⁽⁸¹⁾; lub
 - c) strony dzielą działania między siebie na zasadzie „specjalizacji w kontekście prac badawczo-rozwojowych”. Oznacza to, że każda ze stron bierze udział w działaniach badawczo-rozwojowych i strony dzielą między siebie prace badawczo-rozwojowe w dowolny sposób, który uznają za odpowiedni. Nie obejmuje to opłacanych prac badawczo-rozwojowych ⁽⁸²⁾.
63. „Opłacane prace badawczo-rozwojowe” oznaczają prace badawczo-rozwojowe prowadzone przez co najmniej jedną stronę, a finansowane przez co najmniej jedną inną stronę, która sama nie prowadzi żadnych działań badawczo-rozwojowych.
64. Rozróżnienie między wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi a opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi jest istotne do celów stosowania progu udziału w rynku zawartego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. W przypadku opłacanych prac badawczo-rozwojowych, aby obliczyć udziały w rynku, strony muszą również uwzględnić wszelkie porozumienia badawczo-rozwojowe zawarte przez stronę finansującą z osobami trzecimi dotyczące tych samych produktów lub technologii objętych umową (zob. sekcja 2.2.3.4).
- 2.2.2.2. „Wspólne wykorzystywanie” wyników prac badawczo-rozwojowych a „specjalizacja w kontekście wspólnego wykorzystywania wyników”
65. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje swoim zakresem porozumienia, które obejmują wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych. Wyłączenie grupowe takich porozumień podlega jednak szczególnym warunkom (zob. sekcja 2.2.3.3).
66. „Wykorzystywanie wyników” jest pojęciem szeroko zakrojonym, które obejmuje produkcję lub dystrybucję produktów objętych umową, zastosowanie technologii objętych umową, przeniesienie praw własności intelektualnej lub udzielenie na nie licencji bądź też udostępnienie know-how wymaganego do takiej produkcji, dystrybucji lub takiego zastosowania ⁽⁸³⁾.
67. Wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych jest objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych tylko wówczas, gdy wspomniane wyniki:
- a) są niezbędne do produkcji produktów objętych umową lub zastosowania technologii objętych umową; oraz
 - b) są chronione prawami własności intelektualnej lub stanowią know-how ⁽⁸⁴⁾.
68. Wspólne wykorzystywanie wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych może być przewidziane w pierwotnym porozumieniu badawczo-rozwojowym albo może odbywać się w kontekście kolejnego porozumienia obejmującego wspólne wykorzystywanie wyników wcześniejszego porozumienia badawczo-rozwojowego zawartego między tymi samymi stronami ⁽⁸⁵⁾. W tym drugim przypadku wcześniejsze porozumienie badawczo-rozwojowe musi spełniać warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, aby kolejne porozumienie dotyczące wspólnego wykorzystywania wyników było objęte wyłączeniem grupowym.
69. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewidziano trzy różne sposoby wspólnego wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych ⁽⁸⁶⁾:
- a) strony mogą *wspólnie* wykorzystywać wyniki, tworząc wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsiębiorstwo;
 - b) strony mogą *wspólnie* powierzyć prace związane z wykorzystywaniem wyników osobie trzeciej ⁽⁸⁷⁾;

⁽⁸⁰⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁸¹⁾ Można je odróżnić od opłacanych prac badawczo-rozwojowych, w ramach których prace badawczo-rozwojowe są prowadzone przez jedną lub więcej stron porozumienia badawczo-rozwojowego.

⁽⁸²⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁸³⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁸⁴⁾ Zob. art. 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Dodatkowe warunki związane ze wspólnym wykorzystywaniem wyników prac badawczo-rozwojowych zostały opisane w sekcji 2.2.3.3.

⁽⁸⁵⁾ Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. c) i d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁸⁶⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁸⁷⁾ Porozumienie z osobą trzecią wymaga odrębnej oceny na podstawie art. 101.

c) strony mogą podzielić prace między siebie na zasadzie *specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników*, co oznacza, że ⁽⁸⁸⁾:

(i) strony dzielą między siebie poszczególne zadania, takie jak produkcja lub dystrybucja. Obejmuje to przypadek, w którym tylko jedna strona prowadzi produkcję i dystrybucję produktów objętych umową lub stosuje technologie objęte umową na podstawie licencji wyłącznej udzielonej przez pozostałe strony; lub

(ii) strony nakładają na siebie wzajemnie ograniczenia dotyczące wykorzystywania wyników, takie jak ograniczenia związane z niektórymi terytoriami, klientami lub obszarami wykorzystania.

70. Jeżeli strony zgadzają się na specjalizację w kontekście wykorzystywania wyników, mogą uzgodnić odpowiednie ograniczenia dotyczące ich dostępu do wyników do celów wykorzystywania. Mogą one na przykład zgodzić się na ograniczenie praw niektórych stron do wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych na określonych terytoriach, obszarach wykorzystania lub względem niektórych klientów.

2.2.2.3. Przeniesienie praw własności intelektualnej i udzielenie na nie licencji

71. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych stosuje się również do porozumień badawczo-rozwojowych, które zawierają postanowienia dotyczące przeniesienia praw własności intelektualnej na stronę lub strony lub na podmiot utworzony przez strony w celu prowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych lub wspólnego wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych lub też dotyczące udzielenia im licencji na te prawa, o ile postanowienia te nie stanowią głównego celu porozumienia badawczo-rozwojowego, tylko są bezpośrednio związane z realizacją takiego porozumienia i są niezbędne do tej realizacji ⁽⁸⁹⁾. W takich przypadkach przeniesienie praw lub udzielenie na nie licencji będzie podlegało przepisom rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, nie zaś przepisom rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących transferu technologii ⁽⁹⁰⁾.

72. W kontekście porozumień badawczo-rozwojowych strony mogą jednak również uzgodnić warunki udzielania licencji na wyniki prac badawczo-rozwojowych osobom trzecim. Takie umowy licencyjne nie są objęte przepisami rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, mogą być jednak objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących transferu technologii, jeżeli spełnione są warunki określone w tym rozporządzeniu ⁽⁹¹⁾.

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

73. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych określono kilka warunków, które muszą być spełnione, aby porozumienie badawczo-rozwojowe zostało objęte przywilejem wyłączenia grupowego.

2.2.3.1. Dostęp do ostatecznych wyników

74. Pierwszym warunkiem, który musi być spełniony, by porozumienie badawczo-rozwojowe mogło skorzystać z przywileju wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, jest pełny dostęp wszystkich stron do ostatecznych wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych do dwóch celów ⁽⁹²⁾:

a) prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych; oraz

b) wykorzystania wyników prac badawczo-rozwojowych.

75. Warunek ten dotyczy wyników prac badawczo-rozwojowych, które są wynikami ostatecznymi, oraz wszelkich wynikających z nich praw własności intelektualnej i know-how ⁽⁹³⁾.

76. Dostępu takiego należy udzielić, gdy tylko ostateczne wyniki prac badawczo-rozwojowych staną się dostępne ⁽⁹⁴⁾. Wymóg ten nie musi być związany z zakończeniem projektu badawczo-rozwojowego.

⁽⁸⁸⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁸⁹⁾ Zob. art. 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁹⁰⁾ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz.U. L 93 z 28.3.2014, s. 17). Zob. również pkt 73 i 74 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień o transferze technologii (Dz.U. C 89 z 28.3.2014, s. 3) („wytyczne w sprawie transferu technologii”).

⁽⁹¹⁾ Zob. wytyczne w sprawie transferu technologii, pkt 74.

⁽⁹²⁾ Zob. art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁹³⁾ Zob. art. 3 ust. 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁹⁴⁾ Zob. art. 3 ust. 3 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

77. Prawo dostępu do wyników prac badawczo-rozwojowych nie może być ograniczone do *celów prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych*. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewiduje się jednak, że strony mogą ograniczyć swoje *prawo do wykorzystywania wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych* w dwóch przypadkach:
- a) Po pierwsze, gdy porozumienie badawczo-rozwojowe jest zawierane z jedną lub kilkoma z poniższych kategorii podmiotów, a podmioty te zgadzają się używać wyniki prac badawczo-rozwojowych wyłącznie do celów dalszych badań (a nie do celów wykorzystywania). Te kategorie podmiotów to:
 - (i) instytuty badawcze;
 - (ii) instytucje akademickie;
 - (iii) przedsiębiorstwa, które wykonują prace badawczo-rozwojowe jako usługę komercyjną, nie uczestnicząc przy tym co do zasady w wykorzystywaniu ich wyników ⁽⁹⁵⁾.
 - b) Po drugie, strony mogą w szczególności zgodzić się na *ograniczenie swojego prawa do wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych* zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, gdy uzgadniają specjalizowanie się w kontekście wykorzystywania wyników. Jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe przewiduje specjalizację w kontekście wykorzystywania wyników, strony mogą na przykład nałożyć na siebie wzajemnie ograniczenia dotyczące wykorzystywania wyników na niektórych terytoriach, w niektórych obszarach wykorzystania lub wobec niektórych klientów.
78. Ponadto, ponieważ strony porozumienia badawczo-rozwojowego mogą wносить nierówny wkład do swojej współpracy w zakresie prac badawczo-rozwojowych, np. ze względu na różne możliwości, zasoby lub interesy handlowe, porozumienie badawczo-rozwojowe może przewidywać, że jedna strona zrekompensuje drugiej udzielenie dostępu do wyników do celów dalszych prac badawczo-rozwojowych lub w celu ich wykorzystania. W takim przypadku poziom rekompensaty nie może jednak być na tyle wysoki, by skutecznie utrudniał taki dostęp ⁽⁹⁶⁾.

2.2.3.2. Dostęp do już istniejącego know-how

79. Drugi warunek ma zastosowanie do *porozumień badawczo-rozwojowych, które nie obejmują wspólnego wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych*.
80. Aby takie porozumienia badawczo-rozwojowe były objęte przywilejem wyłączenia grupowego, w porozumieniu należy wskazać, że każdej ze stron udzielono dostępu do wszelkiego istniejącego wcześniej know-how pozostałych stron, które jest niezbędne dla strony do celów wykorzystywania wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych ⁽⁹⁷⁾. Należy zauważyć, że warunek ten nie wymaga od stron przyznania dostępu do całego istniejącego wcześniej know-how, a jedynie do know-how, które jest niezbędne do celów wykorzystywania wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych.
81. W porozumieniach badawczo-rozwojowych można określić, że strony zrekompensują sobie nawzajem udzielenie dostępu do swojego już istniejącego know-how (np. w formie opłat licencyjnych). Rekompensata taka nie może jednak być na tyle wysoka, by skutecznie utrudniała taki dostęp ⁽⁹⁸⁾.
82. Ten drugi warunek ma zastosowanie dodatkowo do warunków określonych w art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych odnoszących się do dostępu do ostatecznych wyników prac badawczo-rozwojowych (zob. sekcja 2.2.3.1). Oznacza to, że w zależności od faktów w danej sprawie, aby dane porozumienie badawczo-rozwojowe było objęte przywilejem wyłączenia grupowego, będzie musiało zawierać zarówno postanowienia dotyczące dostępu do istniejącego wcześniej know-how, jak i dotyczące ostatecznych wyników prac badawczo-rozwojowych.

2.2.3.3. Warunki związane ze wspólnym wykorzystywaniem wyników

83. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zawiera dwa dodatkowe warunki dotyczące porozumień badawczo-rozwojowych, które przewidują wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych.
84. Po pierwsze, jak określono w art. 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, wszelkie wspólne wykorzystywanie wyników musi ograniczać się do wyników prac badawczo-rozwojowych, które są niezbędne do produkcji produktów objętych umową lub stosowania technologii objętych umową i są chronione prawami własności intelektualnej lub stanowią know-how.

⁽⁹⁵⁾ Mogą to być np. MŚP, których główną działalnością handlową jest świadczenie usług w zakresie badań i rozwoju na rzecz osób trzecich.

⁽⁹⁶⁾ Zob. art. 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁹⁷⁾ Zob. art. 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽⁹⁸⁾ Zob. art. 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

85. Po drugie, jeżeli strony uzgadniają specjalizowanie się w kontekście wykorzystywania i jednej stronie lub większej liczbie stron powierzono produkcję produktów objętych umową, strony te muszą być zobowiązane do realizacji zamówień pozostałych stron na dostawę produktów objętych umową⁽⁹⁹⁾. Wymóg ten nie ma jednak zastosowania w przypadku, gdy (i) w porozumieniu badawczo-rozwojowym przewidziano wspólną dystrybucję (prowadzoną przez wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsiębiorstwo albo przez wspólnie wyznaczoną osobę trzecią) lub (ii) gdy strony zgadzają się, że tylko strony, którym powierzono produkcję produktów objętych umową, mogą te produkty dystrybuować⁽¹⁰⁰⁾.

2.2.3.4. Próg udziału w rynku i okres wyłączenia

86. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych opiera się na założeniu, że poniżej określonego poziomu władzy rynkowej pozytywne skutki porozumień badawczo-rozwojowych będą zasadniczo przeważać nad ich negatywnym wpływem na konkurencję⁽¹⁰¹⁾.

a) Porozumienia badawczo-rozwojowe, które podlegają progowi udziału w rynku

87. W art. 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ustanowiono próg udziału w rynku w wysokości 25 %. Ten próg udziału w rynku ma zastosowanie do porozumień badawczo-rozwojowych zawieranych między przedsiębiorstwami konkurującymi. Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych „przedsiębiorstwa konkurujące” oznaczają rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 pkt 15 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych:

a) „rzeczywisty konkurent” to przedsiębiorstwo, które dostarcza produkt, technologię lub proces, które na właściwym rynku geograficznym mogą zostać ulepszone lub zastąpione substytucyjnym lub innym produktem lub technologią objętymi umową;

b) „potencjalny konkurent” to przedsiębiorstwo, co do którego można realnie, a nie tylko teoretycznie zakładać, że gdyby porozumienie badawczo-rozwojowe nie istniało, to takie przedsiębiorstwo zdecydowałoby się przeprowadzić, w terminie nie dłuższym niż trzy lata, konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść niezbędne koszty, aby dostarczyć produkt, technologię lub proces, które na właściwym rynku geograficznym mogłyby zostać ulepszone lub zastąpione substytucyjnym lub innym produktem lub technologią objętymi umową.

88. Kwestię potencjalnej konkurencji należy oceniać na podstawie realistycznych przesłanek. Decydujące znaczenie ma to, czy każda ze stron dysponuje – niezależnie od pozostałych stron – niezbędnymi środkami w postaci aktywów, know-how i innych zasobów oraz czy jest w stanie podjąć niezbędne działania w celu dostarczenia produktów lub technologii⁽¹⁰²⁾, które mogą zostać ulepszone lub zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami objętymi umową⁽¹⁰³⁾. Dalsze wskazówki na temat oceny potencjalnej konkurencji można znaleźć w pkt 16.

89. Do tych celów *ulepszony lub substytucyjny produkt lub technologia* oznaczają produkt lub technologię, które są zamienne z istniejącym produktem, technologią lub procesem i należą do tego samego rynku właściwego. *Produkt zastępczy lub technologia zastępcza* oznaczają produkt lub technologię, które zaspokajają ten sam popyt co istniejący produkt lub technologia, ale nie należą do tego samego rynku właściwego, np. płyty kompaktowe zastępujące płyty winylowe⁽¹⁰⁴⁾.

90. Niektóre produkty lub technologie nie ulepszą istniejących produktów lub technologii, nie zastąpią ich substytucyjnymi ani innymi produktami lub technologiami, lecz stworzą nowy rynek właściwy zaspokajający nowy popyt, np. szczepionka chroniąca przed wirusem, na który wcześniej nie istniała żadna szczepionka. Porozumienia badawczo-rozwojowe, które dotyczą rozwoju tej kategorii produktów lub technologii, są objęte art. 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych i nie podlegają żadnemu progowi udziału w rynku (zob. sekcja 2.2.3.4 lit. b))⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁹⁹⁾ Zob. art. 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹⁰⁰⁾ Zob. art. 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹⁰¹⁾ Zob. motyw 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹⁰²⁾ W pozostałej części niniejszego rozdziału odniesienia do technologii obejmują również procesy, chyba że wskazano inaczej.

⁽¹⁰³⁾ Zob. również sekcja 1.2.1.

⁽¹⁰⁴⁾ Zob. pkt 44 i *obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku* zawierające wskazówki dotyczące definiowania rynku właściwego. Zob. również sekcja 2.3.1.

⁽¹⁰⁵⁾ Zob. pkt 44 i *obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku* zawierające wskazówki dotyczące definiowania rynku właściwego. Zob. również sekcja 2.3.1.

a.1) *Próg udziału w rynku*

91. Jeżeli co najmniej dwie strony porozumienia badawczo-rozwojowego są przedsiębiorstwami konkurującymi w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt 15 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych⁽¹⁰⁶⁾, porozumienie badawczo-rozwojowe może być objęte przywilejem wyłączenia grupowego tylko wtedy, gdy w chwili zawarcia porozumienia badawczo-rozwojowego łączny udział stron w rynku nie przekracza 25 % na właściwych rynkach produktowych i właściwych rynkach technologii. Próg udziału w rynku stosuje się w następujący sposób⁽¹⁰⁷⁾:
- a) w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych obejmujących *wspólne prace badawczo-rozwojowe* łączny udział stron porozumienia w rynku nie może przekraczać 25 % na właściwych rynkach produktowych i właściwych rynkach technologii⁽¹⁰⁸⁾;
- b) w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych obejmujących *opłacane prace badawczo-rozwojowe* stosuje się ten sam próg udziału w rynku wynoszący 25 %, ale łączny udział w rynku musi uwzględniać udział w rynku strony finansującej oraz udziały w rynku wszystkich przedsiębiorstw, z którymi strona finansująca zawarła porozumienia badawczo-rozwojowe dotyczące tych samych produktów lub technologii objętych umową⁽¹⁰⁹⁾.

a.2) *Obliczanie udziałów w rynku*

92. W chwili zawierania porozumienia badawczo-rozwojowego punktem odniesienia jest rynek istniejących produktów lub technologii, które mogą zostać ulepszone lub zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami objętymi umową⁽¹¹⁰⁾.
93. Jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe ma na celu *ulepszenie* istniejących produktów lub technologii *lub zastąpienie ich substytucyjnymi* lub innymi produktami lub technologiami, udziały w rynku oblicza się jedynie w odniesieniu do tych istniejących produktów lub technologii, które zostaną ulepszone lub zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami. Dotyczy to nawet sytuacji, gdy zastępczy produkt lub technologia będą znacząco różnić się od istniejącego produktu lub technologii.
94. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewidziano, że udział stron w rynku należy obliczać na podstawie danych dotyczących *wartości sprzedaży rynkowej*. Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży rynkowej nie są dostępne, strony mogą wykorzystać dane dotyczące *wielkości sprzedaży rynkowej*, a jeżeli takie dane nie są dostępne, do obliczenia swoich udziałów w rynku strony mogą wykorzystać inne wiarygodne informacje rynkowe, w tym wydatki na prace badawczo-rozwojowe lub zdolności badawczo-rozwojowe⁽¹¹¹⁾.
95. Ogólnie rzecz biorąc, udziały w rynku muszą być obliczane z wykorzystaniem danych dotyczących sprzedaży w poprzednim roku kalendarzowym⁽¹¹²⁾. W przypadkach, gdy dane dotyczące sprzedaży w poprzednim roku kalendarzowym nie są jednak reprezentatywne dla pozycji stron na rynku właściwym (rynkach właściwych), udziały w rynku oblicza się jako średnią udziałów stron w rynku za trzy poprzednie lata kalendarzowe⁽¹¹³⁾. Może to być istotne np. na rynkach oferentów, na których udziały w rynku zmieniają się znacząco z roku na rok, w zależności od tego, czy przedsiębiorstwa uzyskują zamówienia w procedurach przetargowych, czy też nie. Może to być również istotne na rynkach charakteryzujących się dużymi, nierównomiernymi zamówieniami, np. gdy dane dotyczące sprzedaży za poprzedni rok kalendarzowy nie są reprezentatywne z uwagi na to, że w danym roku nie było żadnych dużych zamówień. Podobnie konieczne może okazać się obliczenie udziałów w rynku na podstawie średniej wyciągniętej z udziałów stron na przestrzeni trzech ostatnich lat kalendarzowych, w przypadku gdy w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia kooperacyjnego doszło do wstrząsu podażowego lub popytowego.
96. W przypadku rynków technologii udział licencjodawcy technologii w rynku oblicza się na podstawie sprzedaży przez licencjodawcę i wszystkich jego licencjodawców produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jako udział we wszystkich sprzedażach produktów konkurencyjnych, niezależnie od tego, czy produkty konkurencyjne są produkowane w oparciu o licencjonowaną technologię. Metodę tę stosuje się ze względu na ogólną trudność w uzyskaniu wiarygodnych danych dotyczących dochodów z opłat licencyjnych oraz ze względu na fakt, że obliczenia oparte na rzeczywistych dochodach z opłat licencyjnych mogą zaniżyć pozycję technologii na rynku⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Zob. pkt 87 i 88.

⁽¹⁰⁷⁾ Zob. sekcja 2.2.2.1 dotycząca rozróżnienia między wspólnymi pracami badawczo-rozwojowymi a opłacanymi pracami badawczo-rozwojowymi. Zob. również art. 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹⁰⁸⁾ Zob. art. 6 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹⁰⁹⁾ Zob. art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Nie jest konieczne, aby wszystkie porozumienia badawczo-rozwojowe strony finansującej dotyczące tych samych produktów lub technologii objętych umową wchodziły w zakres rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹¹⁰⁾ Zob. pkt 44 i *obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku* zawierające wskazówki dotyczące definiowania rynku właściwego. Zob. również sekcja 2.3.1.

⁽¹¹¹⁾ Zob. art. 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹¹²⁾ Zob. art. 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹¹³⁾ Zob. art. 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹¹⁴⁾ Zob. również art. 8 lit. d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących transferu technologii oraz pkt 25 i 86–88 wytycznych w sprawie transferu technologii.

b) Porozumienia badawczo-rozwojowe, które nie podlegają progowi udziału w rynku

97. W przypadku gdy strony porozumienia badawczo-rozwojowego nie są przedsiębiorstwami konkurującymi w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt 15 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ⁽¹¹⁵⁾, art. 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych stanowi, że wyłączenie grupowe stosuje się przez czas trwania wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych, a wyłączenie nie jest uzależnione od progów udziału w rynku.
98. Art. 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ma zastosowanie w szczególności w następujących sytuacjach ⁽¹¹⁶⁾:
- a) gdy tylko jedna strona spełnia kryteria definicji rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta określone w art. 1 ust. 1 pkt 15 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych;
 - b) gdy porozumienie badawczo-rozwojowe dotyczy opracowywania produktów lub technologii, które nie ulepszyłyby istniejących produktów lub technologii, nie zastąpiłyby ich substytucyjnymi ani innymi produktami lub technologiami, lecz stworzyłyby zupełnie nowy popyt, np. w przypadku szczepionki chroniącej przed wirusem, na który wcześniej nie istniała żadna szczepionka;
 - c) gdy porozumienie badawczo-rozwojowe dotyczy działań innowacyjnych, które w chwili zawierania porozumienia badawczo-rozwojowego nie są jeszcze ściśle związane z konkretnym produktem lub technologią.
99. W sytuacjach opisanych w pkt 98 lit. b) i c) nie można zidentyfikować produktu ani technologii, które zostaną ulepszone produktami lub technologiami objętymi umową lub zastąpione ich substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami objętymi umową. W takim przypadku porozumienie badawczo-rozwojowe może być objęte przywilejem wyłączenia grupowego przez okres trwania wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych i próg udziału w rynku nie ma zastosowania ⁽¹¹⁷⁾. Przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych odnoszące się do rynku właściwego i progów udziału w rynku pozostają bez uszczerbku dla oceny wpływu na konkurencję porozumień badawczo-rozwojowych, które nie są objęte przywilejem wyłączenia przewidzianym w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, w tym porozumień badawczo-rozwojowych, w odniesieniu do których cofnięto przywilej wyłączenia grupowego. Na przykład przedsiębiorstwa, które nie są rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami w rozumieniu rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, mogą mimo to konkurować w dziedzinie innowacji.
- c) Czas trwania
100. Jeżeli wyniki wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych *nie są wspólnie wykorzystywane*, wyłączenie na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ma zastosowanie przez czas trwania prac badawczo-rozwojowych.
101. Jeżeli wyniki wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych *są wspólnie wykorzystywane*, a porozumienie badawczo-rozwojowe wchodzi w zakres definicji zawartych w art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) lub b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych (porozumienia mające na celu prowadzenie wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych), to takie porozumienie badawczo-rozwojowe nadal będzie objęte wyłączeniem przez siedem kolejnych lat od chwili pierwszego wprowadzenia produktów lub technologii objętych umową do obrotu na rynku wewnętrznym, jeżeli w chwili zawarcia porozumienia próg udziału w rynku właściwym nie był przekroczony.
102. Jeżeli wyniki wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych *są wspólnie wykorzystywane*, a porozumienie badawczo-rozwojowe wchodzi w zakres definicji zawartych w art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. c) lub d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych (porozumienia mające na celu wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych prowadzonych w ramach wcześniejszego porozumienia w sprawie wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych między tymi samymi stronami), to takie porozumienie badawczo-rozwojowe nadal będzie objęte wyłączeniem przez siedem kolejnych lat od chwili pierwszego wprowadzenia produktów lub technologii objętych umową do obrotu na rynku wewnętrznym, jeżeli w chwili zawarcia tego wcześniejszego porozumienia próg udziału w rynku właściwym nie był przekroczony ⁽¹¹⁸⁾.
103. Jeżeli wynikiem porozumienia badawczo-rozwojowego jest wprowadzenie do obrotu na rynku wewnętrznym więcej niż jednego produktu objętego umową lub więcej niż jednej technologii objętej umową, a każdy produkt objęty umową lub każda technologia objęta umową należą do odrębnego rynku produktowego, siedmioletni okres wyłączenia stosuje się oddzielnie do każdego produktu objętego umową lub do każdej technologii objętej umową, począwszy od chwili pierwszego wprowadzenia danego produktu lub danej technologii do obrotu na rynku wewnętrznym.

⁽¹¹⁵⁾ Zob. pkt 87 i 88.

⁽¹¹⁶⁾ Art. 6 ust. 2 nie ma zastosowania, jeżeli co najmniej dwie strony są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na rynku istniejących produktów lub technologii, które mogą zostać ulepszone lub zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami lub technologiami objętymi umową; w takim przypadku zastosowanie ma art. 6 ust. 1 (próg udziału w rynku).

⁽¹¹⁷⁾ Pozostaje to bez uszczerbku dla uprawnień Komisji lub krajowych organów ochrony konkurencji do cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego w indywidualnych przypadkach. Zob. sekcja 2.2.6.

⁽¹¹⁸⁾ Jak wskazano w pkt 68, wcześniejsze porozumienie w sprawie wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych również musi spełniać warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

104. Po upływie siedmioletniego okresu, o którym mowa w art. 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, wyłączenie jest stosowane nadal dopóty, dopóki łączny udział stron w rynku nie przekroczy 25 % na rynkach, do których należą produkty lub technologie objęte umową. Jeżeli po upływie siedmioletniego okresu łączny udział stron w rynku przekroczy 25 %, porozumienie badawczo-rozwojowe nadal będzie objęte wyłączeniem na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po roku, w którym próg został przekroczony po raz pierwszy ⁽¹¹⁹⁾.

2.2.4. Najpoważniejsze i wykluczone ograniczenia konkurencji

2.2.4.1. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji

105. W art. 8 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zawarto wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji to poważne ograniczenia konkurencji, które zazwyczaj wyrządzają szkodę rynkowi i konsumentom. W przypadku gdy porozumienie badawczo-rozwojowe zawiera w sobie co najmniej jedno z takich ograniczeń, całe porozumienie jest wykluczone z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

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

a) Ograniczenia swobody stron w prowadzeniu innych działań badawczo-rozwojowych

107. Art. 8 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych stanowi, że jednym z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji jest ograniczenie swobody stron w prowadzeniu prac badawczo-rozwojowych samodzielnie lub we współpracy z osobami trzecimi:

(i) w dziedzinie niezwiązanej z przedmiotem porozumienia badawczo-rozwojowego;

(ii) w dziedzinie, której dotyczy porozumienie badawczo-rozwojowe, lub w dziedzinie pokrewnej – po zakończeniu wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych.

b) Ograniczenia produkcji lub sprzedaży i ustalanie cen

108. Ograniczenia produkcji lub sprzedaży. Zgodnie z art. 8 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych również ograniczenia produkcji lub sprzedaży stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Od tej zasady są jednak cztery wyjątki:

(i) ustalanie *docelowych poziomów produkcji*, jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe przewiduje wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych, a wspólne wykorzystywanie wyników obejmuje wspólną produkcję produktów objętych umową ⁽¹²⁰⁾;

(ii) ustalenie *docelowych poziomów sprzedaży*, jeżeli wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych 1) obejmuje wspólną dystrybucję produktów objętych umową lub wspólne udzielanie licencji na technologie objęte umową oraz 2) jest realizowane przez wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsiębiorstwo, lub osobę trzecią, której strony wspólnie powierzyły wykorzystywanie wyników ⁽¹²¹⁾;

(iii) praktyki stanowiące *specjalizację w kontekście wykorzystywania wyników*, takie jak ograniczenia nałożone na strony dotyczące wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych w odniesieniu do niektórych terytoriów, klientów lub obszarów wykorzystania ⁽¹²²⁾;

(iv) niektóre *zakazy konkurowania* ⁽¹²³⁾, a mianowicie ograniczenie swobody stron do produkowania, sprzedaży lub przenoszenia praw do produktów lub technologii, lub też udzielania licencji na produkty lub technologie, które konkurują z produktami lub technologiami objętymi umową w okresie, w którym strony zgodziły się wspólnie wykorzystywać wyniki.

109. *Ustalanie cen*. Zgodnie z art. 8 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych jednym z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji jest *ustalanie cen* przy sprzedaży produktów objętych umową lub ustalanie wysokości opłat licencyjnych przy udzielaniu osobom trzecim licencji na technologie objęte umową.

⁽¹¹⁹⁾ Zob. art. 6 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²⁰⁾ Zob. art. 8 lit. b) ppkt (i) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²¹⁾ Zob. art. 8 lit. b) ppkt (ii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²²⁾ Zob. art. 8 lit. b) ppkt (iii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²³⁾ Zob. art. 8 lit. b) ppkt (iv) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

110. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewidziano jednak wyjątki od tych najpoważniejszych ograniczeń konkurencji dotyczących ustalania cen stosowanych wobec bezpośrednich klientów oraz ustalania wysokości opłat licencyjnych pobieranych od bezpośrednich licencjobiorców, jeżeli w porozumieniu badawczo-rozwojowym przewidziano wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych, a takie wspólne wykorzystywanie: (i) obejmuje wspólną dystrybucję produktów objętych umową lub wspólne udzielanie licencji na technologie objęte umową oraz (ii) jest realizowane przez wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsiębiorstwo lub osobę trzecią, której strony wspólnie powierzyły wykorzystywanie wyników⁽¹²⁴⁾.
- c) *Ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej*
111. Art. 8 lit. d) i e) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych odnoszą się do ograniczeń sprzedaży biernej i czynnej. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zdefiniowano:
- (i) sprzedaż bierną⁽¹²⁵⁾ jako sprzedaż dokonywaną w odpowiedzi na spontaniczne wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę produktów klientom, jeżeli sprzedaż ta nie została zainicjowana za pośrednictwem reklamy aktywnie ukierunkowanej na konkretnego klienta, konkretną grupę klientów lub konkretne terytorium, w tym sprzedaż wynikającą z udziału w zamówieniu publicznym lub dokonywaną w odpowiedzi na prywatne zaproszenie do składania ofert;
- (ii) sprzedaż czynną⁽¹²⁶⁾ jako wszelkie formy sprzedaży inne niż sprzedaż bierna, w tym: aktywne zabieganie o klientów za pośrednictwem wizyt, listów, e-maili, rozmów telefonicznych lub innych środków komunikacji bezpośredniej lub poprzez targetowanie reklam i promocji, w internecie lub poza nim, na przykład za pomocą mediów drukowanych lub cyfrowych, w tym mediów internetowych, usług porównywania cen lub reklamy w wyszukiwarkach, w celu pozyskania klientów na określonych terytoriach lub określonych grup klientów, prowadzenie strony internetowej z domeną najwyższego poziomu odpowiadającą określonym terytoriom lub udostępnianie strony internetowej w językach powszechnie używanych na określonych terytoriach, jeżeli takie języki są różne od języków powszechnie używanych na terytorium, na którym nabywca ma siedzibę.
112. Zgodnie z art. 8 lit. d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ograniczenia *sprzedaży biernej* stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Obejmuje to wszelkie ograniczenia dotyczące terytorium, na którym strony mogą prowadzić sprzedaż bierną produktów objętych umową lub udzielać licencji na technologie objęte umową, lub klientów, wobec których mogą prowadzić taką sprzedaż lub którym mogą udzielać licencji. W art. 8 lit. d) przewidziano jednak wyjątek, jakim jest wymóg udzielania innej stronie porozumienia badawczo-rozwojowego wyłącznej licencji na wyniki prac badawczo-rozwojowych. Wyjątek ten wynika z faktu, że rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewiduje możliwość specjalizowania się stron w kontekście wykorzystywania, co obejmuje przypadek, w którym tylko jedna strona prowadzi produkcję i dystrybucję produktów objętych umową na podstawie licencji wyłącznej udzielonej przez pozostałe strony.
113. Zgodnie z art. 8 lit. e) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych niektóre ograniczenia *sprzedaży czynnej* stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Dotyczy to wszelkich ograniczeń czynnej sprzedaży produktów lub technologii objętych umową na takich terytoriach lub takim klientom, których nie przydzielono na wyłączność jednej ze stron w ramach specjalizacji w kontekście wykorzystywania wyników.
- d) *Inne najpoważniejsze ograniczenia konkurencji*
114. Art. 8 lit. f) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych stanowi, że jednym z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji jest wymaganie od jednej strony, aby odmawiała zaspokajania popytu ze strony klientów na jej terytorium lub ze strony klientów przydzielonych stronom w inny sposób w ramach specjalizacji w kontekście wykorzystywania, jeżeli klienci tacy wprowadziliby do obrotu produkty objęte umową na innych terytoriach w obrębie rynku wewnętrznego.
115. Ponadto w art. 8 lit. g) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji uznaje się nakładanie na stronę jakiegokolwiek wymogu dotyczącego utrudniania użytkownikom lub odsprzedawcom uzyskiwania produktów objętych umową od innych odsprzedawców w obrębie rynku wewnętrznego⁽¹²⁷⁾. Może to obejmować przykładowo nałożenie wymogu uzależnienia świadczenia usług związanych z gwarancją dla klienta od zakupu produktu objętego umową w określonym państwie członkowskim.

⁽¹²⁴⁾ Zob. art. 8 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²⁵⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 19 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²⁶⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 18 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²⁷⁾ Zob. art. 8 lit. g) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

2.2.4.2. Wykluczone ograniczenia

116. W art. 9 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych wykluczono z możliwości objęcia wyłączeniem grupowym niektóre zobowiązania zawarte w porozumieniach badawczo-rozwojowych. Są to zobowiązania, w przypadku których nie można założyć, że zasadniczo spełniają one warunki określone w art. 101 ust. 3. W przeciwieństwie do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonych w art. 8 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych stosowanie wykluczonych ograniczeń nie pozbawia możliwości korzystania z przywileju wyłączenia grupowego w odniesieniu do całego porozumienia badawczo-rozwojowego. Jeżeli wykluczone ograniczenie da się oddzielić od pozostałej części porozumienia, ta pozostała część porozumienia nadal korzysta z przywileju wyłączenia grupowego, pod warunkiem że spełnia ona warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.
117. Wykluczone ograniczenia podlegają indywidualnej ocenie na podstawie art. 101. Nie zakłada się, że ograniczenia takie wchodzą w zakres zakazu określonego w art. 101 ust. 1 lub że nie spełniają one warunków określonych w art. 101 ust. 3.
118. Pierwszym wykluczonym ograniczeniem jest zobowiązanie do niekwestionowania:
- po zakończeniu prac badawczo-rozwojowych – ważności praw własności intelektualnej przysługujących stronom na rynku wewnętrznym i mających związek z pracami badawczo-rozwojowymi ⁽¹²⁸⁾; lub
 - po wygaśnięciu porozumienia badawczo-rozwojowego – ważności praw własności intelektualnej przysługujących stronom na rynku wewnętrznym i chroniących wyniki prac badawczo-rozwojowych ⁽¹²⁹⁾.
119. Powodem wykluczenia takich zobowiązań z wyłączenia grupowego jest fakt, że nie należy powstrzymywać stron posiadających istotne informacje umożliwiające zidentyfikowanie prawa własności intelektualnej, które przyznano w sposób błędny, przed zakwestionowaniem ważności takiego prawa własności intelektualnej. Postanowienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia badawczo-rozwojowego w przypadku, gdy jedna ze stron zakwestionuje ważność praw własności intelektualnej istotnych dla wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych lub chroniących wyniki prac badawczo-rozwojowych, nie stanowią jednak wykluczonych ograniczeń.
120. Drugim wykluczonym ograniczeniem jest zobowiązanie do nieudzielania osobom trzecim licencji na produkcję produktów objętych umową lub na stosowanie technologii objętych umową. Oznacza to, że strony powinny co do zasady mieć swobodę udzielania licencji osobom trzecim. Wyjątek stosuje się w przypadku, gdy porozumienia badawczo-rozwojowe przewidują wykorzystywanie wyników wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych przez co najmniej jedną ze stron i wykorzystywanie takie ma miejsce na rynku wewnętrznym względem osób trzecich.

2.2.5. Odpowiedni czas na ocenę zgodności z warunkami rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych

121. Do celów stosowania progu udziału w rynku określonego w art. 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych odpowiednim momentem na przeprowadzenie oceny jest data zawarcia przez strony porozumienia w sprawie wspólnych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych. Na koniec siedmioletniego okresu, o którym mowa w art. 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, strony muszą ocenić, do którego rynku lub których rynków należą produkty lub technologie objęte umową, i czy ich łączny udział w rynku przekracza 25 %. Zgodność z innymi warunkami rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych należy ocenić w chwili zawarcia porozumienia badawczo-rozwojowego, a porozumienie to musi spełniać te warunki przez cały okres jego obowiązywania, w tym, w stosownych przypadkach, przez okres wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych.

2.2.6. Cofnięcie przywileju wyłączenia grupowego

122. Zgodnie z art. 10 i 11 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji mogą cofnąć przywilej wyłączenia grupowego na podstawie – odpowiednio – art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, jeżeli w indywidualnym przypadku stwierdzą, że skutki porozumienia badawczo-rozwojowego objętego wyłączeniem grupowym są jednak niezgodne z art. 101 ust. 3.
123. Art. 10 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zawiera niewyczerpujący wykaz sytuacji, w których Komisja może rozważyć skorzystanie z tego uprawnienia, a mianowicie w przypadku gdy:
- istnienie porozumienia badawczo-rozwojowego istotnie ogranicza osobom trzecim zakres prowadzenia prac badawczo-rozwojowych w dziedzinach związanych z produktami lub technologiami objętymi umową; może to wynikać na przykład z ograniczonych dostępnych zdolności badawczych;

⁽¹²⁸⁾ Zob. art. 9 ust. 1 lit. a) ppkt (i) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

⁽¹²⁹⁾ Zob. art. 9 ust. 1 lit. a) ppkt (ii) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

- b) istnienie porozumienia badawczo-rozwojowego istotnie ogranicza osobom trzecim dostęp do rynku właściwego produktów lub technologii objętych umową, na przykład w wyniku udzielenia jednej ze stron wyłącznej licencji na produkcję i dystrybucję produktów lub technologii objętych umową;
- c) bez żadnego obiektywnie uzasadnionego powodu strony nie wykorzystują wyników wspólnych lub opłaconych prac badawczo-rozwojowych względem osób trzecich, na przykład poprzez odmowę udzielenia licencji na wyniki prac badawczo-rozwojowych;
- d) produkty lub technologie będące wynikiem porozumienia badawczo-rozwojowego nie przedmiotem efektywnej konkurencji są na całym rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części;
- e) istnienie porozumienia badawczo-rozwojowego w znacznym stopniu ograniczyłoby konkurencję w zakresie innowacji lub konkurencję w zakresie prac badawczo-rozwojowych w danej dziedzinie. Może to mieć miejsce na przykład w przypadkach, gdy produkty lub technologie objęte umową stworzyłyby zupełnie nowy popyt i gdy w chwili zawierania porozumienia występuje niewielka liczba porównywalnych niezależnych projektów badawczo-rozwojowych w tej samej dziedzinie.
124. Zgodnie z art. 29 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 Komisja może cofnąć przywilej wyłączenia grupowego z własnej inicjatywy lub na podstawie skargi. Jeżeli Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji zamierza cofnąć przywilej wyłączenia grupowego w odniesieniu do porozumienia badawczo-rozwojowego, musi ustalić, po pierwsze, że porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, a po drugie, że porozumienie nie spełnia łącznie co najmniej jednego z czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3⁽¹³⁰⁾. Decyzja o cofnięciu przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych może być połączona ze stwierdzeniem naruszenia art. 101 i wymogiem zaprzestania naruszenia. Można również nałożyć środki zaradcze o charakterze behawioralnym lub strukturalnym⁽¹³¹⁾.
125. Każda decyzja o cofnięciu przywileju wyłączenia grupowego wywołuje jedynie skutki *ex nunc*, tj. wyłączony status danego porozumienia badawczo-rozwojowego pozostaje nienaruszony przez okres poprzedzający datę, w której cofnięcie staje się skuteczne. W przypadku gdy krajowy organ ochrony konkurencji zamierza cofnąć przywilej wyłączenia grupowego na podstawie art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, organ ten musi uwzględnić swoje obowiązki wynikające z art. 11 ust. 4 rozporządzenia (WE) 1/2003, w szczególności obowiązek zasięgnięcia opinii Komisji w sprawie planowanej decyzji.
- 2.2.7. *Okres przejściowy*
126. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych przewidziano dwuletni okres przejściowy (od 1 lipca 2023 r. do 30 czerwca 2025 r.), w którym zakaz określony w art. 101 ust. 1 nie ma zastosowania do porozumień badawczo-rozwojowych obowiązujących już w dniu 30 czerwca 2023 r. i niespełniających warunków wyłączenia przewidzianych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, ale spełniających warunki wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu (WE) nr 1217/2010.
- 2.3. **Indywidualna ocena porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 1**
127. W przypadku gdy porozumienie badawczo-rozwojowe nie jest objęte wyłączeniem przewidzianym w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, konieczne jest przeprowadzenie indywidualnej oceny na podstawie art. 101. Pierwszym etapem oceny jest ustalenie, czy porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1⁽¹³²⁾. Jeżeli porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu tego przepisu, drugim etapem oceny jest ustalenie, czy porozumienie spełnia warunki przewidziane w art. 101 ust. 3.

⁽¹³⁰⁾ Zgodnie z art. 41 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej osoby, na które może mieć negatywny wpływ decyzja indywidualna dotycząca stosowania prawa UE, mają prawo do bycia wysłuchanym przed przyjęciem tej decyzji.

⁽¹³¹⁾ Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003. Komisja wykorzystała swoje uprawnienia do cofnięcia przywileju przewidzianego w rozporządzeniach w sprawie wyłączeń grupowych w decyzji z dnia 25 marca 1992 r. (decyzje tymczasowe) dotyczącej postępowania na podstawie art. 85 traktatu EWG w sprawie IV/34.072 – Mars/Langnese i Schöller, której zasadność potwierdzono wyrokiem z dnia 1 października 1998 r., Langnese-Iglo/Komisja, C-279/95 P, EÜ:C:1998:447, oraz w decyzji z dnia 4 grudnia 1991 r. (decyzje tymczasowe) dotyczącej postępowania na podstawie art. 85 traktatu EWG w sprawie IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

⁽¹³²⁾ Jeżeli tak nie jest, art. 101 nie ma zastosowania i dalsza ocena nie jest wymagana.

2.3.1. Rynki właściwe

128. W *obwieszczeniu w sprawie definicji rynku* określono główne kryteria i dowody wykorzystywane przez Komisję do zdefiniowania rynków właściwych przy egzekwowaniu unijnego prawa konkurencji (zob. również pkt 44). Do celów indywidualnej oceny porozumień badawczo-rozwojowych nieobjętych rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych⁽¹³³⁾, przeprowadzanej na podstawie art. 101, istotne mogą być poniższe kwestie.

2.3.1.1. Rynki produktowe

129. Jeżeli porozumienie kooperacyjne w zakresie prac badawczo-rozwojowych dotyczy rozwoju produktów, które *ulepszą lub zastąpią produktem substytucyjnym* istniejące produkty, to właściwe na potrzeby oceny na podstawie art. 101 są rynek lub rynki tych istniejących produktów lub technologii.

130. Istniejące rynki produktowe mogą być również właściwe na potrzeby oceny, jeśli porozumienie badawczo-rozwojowe dotyczy produktów, które *zastąpią* istniejące produkty (tj. jeśli produkt będący wynikiem prac badawczo-rozwojowych zaspokaja ten sam popyt co istniejący produkt, ale należy do odrębnego rynku właściwego). Może to dotyczyć w szczególności sytuacji, gdy zastąpienie istniejących produktów jest niedoskonałe lub długoterminowe. Tzw. *produkty przygotowywane do wprowadzenia na rynek*⁽¹³⁴⁾ mogą być – w zależności od okoliczności danego przypadku – uważane za produkty, które ulepszą lub zastąpią produktem substytucyjnym istniejące produkty, lub za produkty, które zastąpią istniejące produkty innym produktem⁽¹³⁵⁾.

131. Jeżeli prace badawczo-rozwojowe dotyczą *ważnego komponentu produktu końcowego*, właściwe na potrzeby oceny na podstawie art. 101 mogą być zarówno rynek tego komponentu, jak i rynek produktu końcowego. Rynek produktu końcowego będzie jednak właściwy tylko wtedy, gdy komponent, którego dotyczą prace badawczo-rozwojowe, jest pod względem technicznym lub gospodarczym kluczowym komponentem produktu końcowego, a przynajmniej jedna ze stron porozumienia badawczo-rozwojowego prowadzi działalność na rynku produktów końcowych i ma na nim władzę rynkową.

2.3.1.2. Rynki technologii

132. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą dotyczyć nie tylko produktów, lecz także technologii. Jeżeli prawa własności intelektualnej są wprowadzane do obrotu oddzielnie od produktów, których dotyczą, właściwe na potrzeby oceny na podstawie art. 101 będą rynki technologii. Właściwy rynek technologii obejmuje technologię (własność intelektualną), która jest przedmiotem sprzedaży lub licencji, oraz technologie uznawane przez licencjobiorców za substytucyjne⁽¹³⁶⁾. Jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe dotyczy rozwoju technologii, które ulepszą lub zastąpią istniejące technologie technologią substytucyjną lub inną technologią, rynkami właściwymi na potrzeby oceny na podstawie art. 101 będą rynki tych istniejących technologii.

2.3.1.3. Wczesne działania w zakresie innowacji

133. W niektórych przypadkach przedsiębiorstwa mogą współpracować w zakresie prac badawczo-rozwojowych, które nie są ściśle związane z konkretnym produktem ani konkretną technologią. Wyniki takich wczesnych działań w zakresie innowacji mogą ostatecznie służyć wielu celom, a w dłuższej perspektywie zostać wykorzystane w różnych produktach lub technologiach.

134. Jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe dotyczy wczesnych działań w zakresie innowacji, aby ocenić pozycję konkurencyjną stron do celów stosowania art. 101, konieczne może być uwzględnienie czynników, takich jak charakter i zakres wysiłków innowacyjnych, cele poszczególnych kierunków badań, specjalizacja poszczególnych zaangażowanych zespołów lub wyniki wcześniejszych działań innowacyjnych danego przedsiębiorstwa. Może to wymagać zastosowania określonych wskaźników, takich jak poziom wydatków na badania i rozwój lub liczba patentów lub cytowań w patentach.

2.3.2. Główne problemy w zakresie konkurencji

135. Współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych może powodować różne problemy w zakresie konkurencji, w szczególności może bezpośrednio ograniczać konkurencję między stronami, prowadzić do zмовy na rynku lub prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia osobom trzecim dostępu do rynku.

⁽¹³³⁾ Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych zawiera szczegółowe definicje, które są istotne w kontekście stosowania progu udziału w rynku określonego w tym rozporządzeniu. Zob. sekcja 2.2.3.4.

⁽¹³⁴⁾ Termin ten jest stosowany w niektórych sektorach w odniesieniu do produktów, które nie zostały jeszcze wprowadzone na rynek, ale w przypadku których proces badawczo-rozwojowy jest wystarczająco widoczny, aby ustalić, do którego rynku produkty te będą prawdopodobnie należeć, jeśli proces badawczo-rozwojowy zakończy się pomyślnie.

⁽¹³⁵⁾ Niektóre porozumienia badawczo-rozwojowe dotyczą rozwoju produktów, które nie będą służyły ulepszeniu istniejących produktów ani zastąpieniu ich substytucyjnymi lub innymi produktami, tylko będą zaspokajały zupełnie nowy popyt. Do tej kategorii produktów można zaliczyć również produkty przygotowywane do wprowadzenia na rynek.

⁽¹³⁶⁾ Zob. również wytyczne w sprawie transferu technologii, pkt 19–26.

136. Jeżeli współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych *bezpośrednio ogranicza konkurencję* między stronami lub *ułatwia zmonopolizację* na rynku, może to prowadzić do wyższych cen, mniejszego wyboru dla konsumentów lub niższej jakości produktów lub technologii. Może to również prowadzić do ograniczenia i opóźnienia innowacji, co z kolei sprawi, że na rynek będą trafiały gorszej jakości produkty lub technologie lub będzie ich trafiało mniej.
137. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą prowadzić do *antykonkurencyjnego zamknięcia osobom trzecim dostępu do rynku*, jeśli co najmniej jedna strona porozumienia ma władzę rynkową na właściwym rynku produktowym lub rynku technologii, a porozumienie zawiera postanowienia dotyczące wyłączności lub zakazu konkurencji.
- 2.3.3. *Porozumienia badawczo-rozwojowe, które zasadniczo nie ograniczają konkurencji*
138. W przypadku braku władzy rynkowej porozumienia badawczo-rozwojowe zawierane przez podmioty niebędące konkurentami zasadniczo nie ograniczają konkurencji. Może tak być w przypadku, gdy aktywa, technologie lub umiejętności stron mają charakter uzupełniający i strony nie byłyby w stanie samodzielnie przeprowadzić prac badawczo-rozwojowych w krótkim czasie⁽¹³⁷⁾. Stosunek konkurencyjny między stronami należy oceniać na podstawie obiektywnych czynników. Przykładowo przedsiębiorstwo może nie być w stanie zrealizować prac badawczo-rozwojowych niezależnie, jeżeli ma ograniczone możliwości techniczne lub ograniczony dostęp do finansowania, pracowników z odpowiednimi umiejętnościami, technologii i innych zasobów.
139. Outsourcing uprzednio wewnętrznej działalności badawczo-rozwojowej na podmioty, których działalność nie obejmuje wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych, takie jak instytuty badawcze, instytucje akademickie czy inne wyspecjalizowane przedsiębiorstwa, jest przykładem porozumienia badawczo-rozwojowego, które może łączyć uzupełniające się aktywa, technologie i umiejętności. Porozumienia takie zasadniczo przewidują transfer know-how lub zobowiązanie do wyłączności w zakresie dostaw odnośnie do wyników prac badawczo-rozwojowych.
140. Współpraca w zakresie prac badawczo-rozwojowych dotycząca podstawowych badań naukowych ogólnie nie ogranicza konkurencji. W tym kontekście podstawowe badania naukowe oznaczają prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy na temat podstaw zjawisk i możliwości do zaobserwowania faktów.
- 2.3.4. *Ograniczenia konkurencji ze względu na cel*
141. Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą ograniczać konkurencję ze względu na cel, jeżeli ich głównym celem nie są badania i rozwój, tylko służą one jako narzędzie udziału w kartelu, tj. gdy strony angażują się w ustalenie cen, ograniczanie produkcji, podział rynku lub ograniczanie rozwoju technicznego⁽¹³⁸⁾.
142. Przedsiębiorstwa mogą na przykład wykorzystywać porozumienia badawczo-rozwojowe, aby (i) zapobiegać wchodzeniu na rynek produktów lub technologii lub opóźniać je, (ii) koordynować kwestie związane z cechami produktów lub technologii, które nie są objęte porozumieniem badawczo-rozwojowym, lub (iii) ograniczać usprawnienia wspólnie rozwijanego produktu lub wspólnie rozwijanej technologii.
- 2.3.5. *Skutki ograniczające konkurencję*
143. Aby ocenić, czy porozumienie kooperacyjne w zakresie prac badawczo-rozwojowych ma skutki ograniczające konkurencję, konieczne jest uwzględnienie odpowiednich parametrów konkurencji w konkretnym przypadku. Parametry te mogą obejmować cenę produktu, ale także poziom jego innowacyjności, jego jakość w różnych aspektach, jak również jego dostępność, w tym pod względem czasu realizacji, odporności łańcuchów dostaw, niezawodności dostaw i kosztów transportu.
144. Porozumienia badawczo-rozwojowe, które nie obejmują wspólnego wykorzystywania wyników prac badawczo-rozwojowych w drodze udzielania licencji, produkcji lub wprowadzania do obrotu, rzadko powodują skutki ograniczające konkurencję. Takie porozumienia mogą wywoływać skutki antykonkurencyjne tylko wówczas, gdy ograniczają konkurencję w zakresie innowacji.
- 2.3.5.1. *Władza rynkowa*
145. Co do zasady porozumienia badawczo-rozwojowe mogą wywoływać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 tylko w przypadku, gdy co najmniej jedna ze stron porozumienia ma władzę rynkową na istniejącym właściwym rynku produktowym lub rynku technologii lub gdy porozumienie prowadzi do odczuwalnego ograniczenia konkurencji w zakresie innowacji.

⁽¹³⁷⁾ Zob. również pkt 16 dotyczący potencjalnej konkurencji.

⁽¹³⁸⁾ Zob. na przykład decyzja Komisji z dnia 8 lipca 2021 r., Emisja spalin przez samochody (sprawa AT.40178), dotycząca kartelu z udziałem pięciu producentów samochodów w kontekście związku przedsiębiorstw. Pozornym celem współpracy było opracowanie komponentów do nowego systemu oczyszczania emisji. W ramach tej współpracy producenci samochodów uzgodnili jednak również, że nie będą zwiększać skuteczności systemu ponad to, co było wymagane prawem, ograniczając w ten sposób rozwój techniczny technologii oczyszczania emisji.

146. Nie istnieje żaden bezwzględny próg, powyżej którego można założyć, że porozumienie badawczo-rozwojowe umożliwi uzyskanie lub utrzymanie władzy rynkowej i tym samym może wywoływać skutki ograniczające konkurencję. Im silniejsza jest jednak łączna pozycja stron na rynkach właściwych, w tym ich pozycja w dziedzinie innowacji, tym większe jest prawdopodobieństwo, że porozumienie badawczo-rozwojowe doprowadzi do skutków ograniczających⁽¹³⁹⁾.

2.3.5.2. Prace badawczo-rozwojowe dotyczące istniejących produktów lub technologii

147. Jeżeli prace badawczo-rozwojowe są ukierunkowane na *ulepszenie lub zastąpienie istniejących produktów lub technologii produktami lub technologiami substytucyjnymi*, potencjalne skutki dotyczą rynku(-ów) właściwego(-ych) dla tych istniejących produktów lub technologii. Wpływ na ceny, produkcję, jakość produktów, różnorodność produktów lub rozwój techniczny na istniejących rynkach jest jednak możliwy tylko wówczas, gdy strony mają łącznie silną pozycję, wejście na rynek jest trudne, a konkurenci będący osobami trzecimi nie są w stanie powstrzymać zachowania stron, na przykład ze względu na niską liczebność tych konkurentów lub ich niewystarczające zasoby lub umiejętności. Ponadto jeżeli prace badawczo-rozwojowe dotyczą względnie niewielkiego wkładu w produkt końcowy, ewentualne skutki dla konkurencji na rynku(-ach) właściwym(-ych) takiego produktu końcowego prawdopodobnie będą bardzo ograniczone.

148. Jeżeli prace badawczo-rozwojowe są ukierunkowane na *zastąpienie istniejących produktów lub technologii innymi produktami lub technologiami*, potencjalne skutki antykonkurencyjne obejmują na przykład opóźnienie rozwoju innego produktu lub innej technologii, które mają zastąpić istniejące. Może się tak zdarzyć w szczególności, jeżeli strony mają władzę rynkową na istniejącym rynku produktowym lub rynku technologii i dodatkowo są jedynymi przedsiębiorstwami uczestniczącymi w pracach badawczo-rozwojowych dotyczących innego produktu lub innej technologii mających zastąpić istniejący produkt lub istniejącą technologię. Podobny skutek może wystąpić, jeżeli ważny uczestnik istniejącego rynku współpracuje z mniejszym lub potencjalnym konkurentem, który ma właśnie się pojawić, wprowadzając do obrotu produkt lub technologię, który(-a) może zagrozić pozycji przedsiębiorstwa zasiedziałego.

149. Porozumienia badawczo-rozwojowe, które przewidują wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych (na przykład wspólną produkcję lub dystrybucję), mogą z większym prawdopodobieństwem ograniczyć konkurencję niż porozumienia przewidujące wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych niezależnie przez każdą ze stron. W przypadku wspólnego wykorzystywania, jeżeli co najmniej jedna ze stron ma władzę rynkową, istnieje większe prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających w postaci wyższych cen lub zmniejszonej produkcji na istniejących rynkach. Z kolei jeśli wspólne wykorzystywanie polega wyłącznie na udzielaniu licencji osobom trzecim, wystąpienie skutków ograniczających takich jak zamknięcie dostępu do rynku jest mało prawdopodobne.

2.3.5.3. Innowacje dotyczące zupełnie nowych produktów i wczesne działania w zakresie innowacji

150. Jeśli chodzi o porozumienia badawczo-rozwojowe dotyczące (i) opracowywania produktów lub technologii, które stworzyłyby zupełnie nowy popyt, lub (ii) wczesnych działań w zakresie innowacji, wpływ na ceny i produkcję na istniejących rynkach jest zasadniczo mało prawdopodobny. W takich przypadkach ocena będzie skoncentrowana na potencjalnych ograniczeniach konkurencji w zakresie innowacji, na przykład w odniesieniu do jakości i różnorodności potencjalnych przyszłych produktów lub technologii czy też tempa lub stopnia innowacji. W ocenie należy wziąć pod uwagę, że wyniki prac badawczo-rozwojowych z natury rzeczy są niepewne i że będą one ogólnie mniej pewne w przypadku wczesnych działań w zakresie innowacji niż w przypadku działań badawczo-rozwojowych, które zbliżają się do wprowadzenia na rynek produktów lub technologii będących efektem porozumienia badawczo-rozwojowego.

151. Skutki ograniczające są zasadniczo mało prawdopodobne w przypadku wystarczającej liczby konkurencyjnych projektów badawczo-rozwojowych prowadzonych przez osoby trzecie. Negatywne skutki są jednak bardziej prawdopodobne, gdy porozumienie badawczo-rozwojowe łączy ze sobą niezależne działania badawczo-rozwojowe, które znajdują się na etapie zbliżonym do wprowadzenia na rynek nowego produktu lub nowej technologii. Skutki ograniczające mogą wynikać bezpośrednio z koordynacji działań badawczo-rozwojowych stron, bez względu na to, czy porozumienie badawczo-rozwojowe zawiera ograniczenia co do możliwości prowadzenia prac badawczo-rozwojowych przez strony niezależnie lub z osobami trzecimi. Przykładowo porozumienie badawczo-rozwojowe może doprowadzić co najmniej jedną ze stron do porzucenia własnego projektu badawczo-rozwojowego i połączenia swojego potencjału z potencjałem drugiej strony.

2.3.5.4. Wymiana informacji

152. Wdrożenie porozumienia badawczo-rozwojowego może wymagać wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych. W przypadku gdy porozumienie badawczo-rozwojowe nie jest objęte zakazem określonym w art. 101 ust. 1 z uwagi na to, że ma ono neutralne lub pozytywne skutki dla konkurencji, wymiana informacji, która ma charakter dodatkowy w stosunku do tego porozumienia, również nie jest objęta tym zakazem⁽¹⁴⁰⁾. Jest tak w przypadku, gdy wymiana informacji jest obiektywnie konieczna do realizacji porozumienia badawczo-rozwojowego i jest proporcjonalna do jego celów⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁹⁾ Pozostaje to bez uszczerbku dla oceny potencjalnego przyrostu wydajności, w tym występującego regularnie w publicznie współfinansowanej działalności badawczo-rozwojowej. Zob. sekcja 2.4.1.

⁽¹⁴⁰⁾ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard /Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89.

⁽¹⁴¹⁾ Zob. również sekcja 1.2.6 i pkt 369.

153. Jeżeli wymiana informacji wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji porozumienia badawczo-rozwojowego, lub nie jest proporcjonalna do jego celów, wówczas musi być oceniana zgodnie z wytycznymi podanymi w rozdziale 6 ⁽¹⁴²⁾. Jeżeli wymiana informacji jest objęta zakresem art. 101 ust. 1, może ona nadal spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3.
- 2.4. **Indywidualna ocena porozumień badawczo-rozwojowych na podstawie art. 101 ust. 3**
154. W przypadku gdy porozumienie badawczo-rozwojowe ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, będzie ono mimo to zgodne z art. 101, jeżeli spełnia cztery łączne warunki określone w art. 101 ust. 3 (zob. sekcja 1.2.7).
- 2.4.1. *Przyrost wydajności*
155. Porozumienia badawczo-rozwojowe – obejmujące wspólne wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych czy też nie uwzględniające takiej opcji – często przyczyniają się do przyrostu wydajności przez:
- a) połączenie uzupełniających się umiejętności lub aktywów stron, co prowadzi do powstania ulepszonych lub nowych produktów i technologii, które są opracowywane i wprowadzane do obrotu szybciej, niż miałyby to miejsce w przypadku braku współpracy;
 - b) prowadzenie do lepszego rozpowszechnienia wiedzy, co z kolei może stymulować innowacyjność;
 - c) powodowanie obniżenia kosztów lub przyczynianie się do zmniejszania zależności od produktów lub technologii, w przypadku których liczba dostawców jest ograniczona.
156. Takie korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.
157. Do celów stosowania art. 101 ust. 3 można uwzględniać jedynie obiektywne korzyści ⁽¹⁴³⁾. Przykładowo porozumienie badawczo-rozwojowe może prowadzić do porzucenia przez co najmniej jedną ze stron całości lub części jej prac badawczo-rozwojowych. Może to obniżyć koszty (stałe) ponoszone przez te strony, ale jest mało prawdopodobne, aby przyniosło korzyści konsumentom, chyba że strony mogą wykazać, że zmniejszenie liczby działań badawczo-rozwojowych zostanie prawdopodobnie zrównoważone przez szybsze wprowadzenie produktów na rynek lub większe szanse, że prace badawczo-rozwojowe zakończą się sukcesem.
- 2.4.2. *Niezbędność*
158. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności wynikającego z porozumienia badawczo-rozwojowego, nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. Kryterium niezbędności w ramach indywidualnej oceny nie będzie spełnione w szczególności w przypadku najpoważniejszych ograniczeń konkurencji wymienionych w art. 8 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych ⁽¹⁴⁴⁾.
- 2.4.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*
159. 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.
160. Zasadniczo jest bardziej prawdopodobne, że porozumienie badawczo-rozwojowe przyczyni się do przyrostu wydajności umożliwiającego konsumentom uzyskanie słusznej części zysku, jeżeli strony łączą uzupełniające się umiejętności i aktywa, takie jak zdolności badawcze rozwijane w różnych sektorach lub różnych dziedzinach badań.
161. Im większa jest władza rynkowa stron, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo, że korzyści z przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.
- 2.4.4. *Nieeliminowanie konkurencji*
162. Warunki określone w art. 101 ust. 3 nie mogą być spełnione, jeżeli porozumienie badawczo-rozwojowe daje stronom możliwość eliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów lub technologii. Przy stosowaniu tego warunku należy wziąć pod uwagę wpływ porozumienia na konkurencję w zakresie innowacji.

⁽¹⁴²⁾ Zob. także pkt 6.

⁽¹⁴³⁾ Zob. pkt 49 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

⁽¹⁴⁴⁾ Zob. sekcja 2.2.4.1.

2.5. Odpowiedni czas na ocenę

163. Oceny porozumień ograniczających na podstawie art. 101 dokonuje się w ich rzeczywistym kontekście oraz na podstawie faktów istniejących w danym czasie. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany stanu faktycznego⁽¹⁴⁵⁾. Wyjątek, o którym mowa w art. 101 ust. 3, stosuje się dopóty, dopóki spełnione są łącznie cztery warunki określone w art. 101 ust. 3, i przestaje się stosować, kiedy sytuacja ta ulegnie zmianie.
164. Stosując art. 101 ust. 3, należy wziąć pod uwagę wartość początkowych utopionych inwestycji dokonanych przez którąkolwiek ze stron oraz czas i ograniczenia niezbędne do zaangażowania i odzyskania środków inwestycyjnych zwiększających wydajność. Art. 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 inwestycja prowadzi do opracowania wynalazku, a strony uzyskują prawa wyłączne w odniesieniu do tego wynalazku zgodnie z przepisami dotyczącymi własności intelektualnej, okres wymagany do odzyskania takiej inwestycji zasadniczo raczej nie przekroczy okresu wyłączności określonego na podstawie tych przepisów.
165. W niektórych przypadkach skutki porozumienia ograniczającego konkurencję mogą być nieodwracalne. Po wdrożeniu takiego porozumienia odtworzenie pierwotnego stanu rzeczy jest niemożliwe. W takich przypadkach ocena musi być przeprowadzona wyłącznie na podstawie stanu faktycznego mającego miejsce w czasie jego wdrażania.
166. Na przykład w przypadku porozumienia badawczo-rozwojowego dotyczącego zupełnie nowego produktu, który nie będzie służył ulepszeniu istniejącego produktu, zastąpieniu go produktem substytucyjnym ani innym produktem, jeżeli w ramach tego porozumienia każda strona zgadza się na porzucenie własnego projektu badawczego i połączenie swojego potencjału z potencjałem drugiej strony, powrót do porzuconego projektu może okazać się niemożliwy pod względem technicznym i gospodarczym. Jeżeli porozumienie jest zgodne z art. 101 w chwili jego zawarcia, 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.
167. Zakaz określony w art. 101 ust. 1 może jednak mieć zastosowanie do innych części porozumienia, których nie dotyczy problem nieodwracalności. Jeżeli na przykład w porozumieniu, oprócz wspólnych prac badawczo-rozwojowych, przewidziano wspólne wykorzystywanie wyników tych prac, art. 101 może mieć zastosowanie do tych postanowień porozumienia, o ile w wyniku późniejszych zdarzeń rynkowych porozumienie wywoła skutki ograniczające konkurencję i przestanie spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3 przy należyтым uwzględnieniu utopionych wstępnych nakładów inwestycyjnych.

2.6. Przykłady

168. Porozumienia badawczo-rozwojowe dotyczące produktów, które tworzą zupełnie nowy popyt

Przykład 1

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B poczyniły znaczne inwestycje w badania i rozwój, aby opracować nowy zminiaturyzowany element elektroniczny. Oczekuje się, że ten nowy element nie ulepszy ani nie zastąpi istniejących elementów, ale stworzy zupełnie nowy popyt. Przedsiębiorstwa A i B opracowały prototypy i spodziewają się, że będą w stanie wprowadzić je na rynek w ciągu około 18 miesięcy. Ponadto przedsiębiorstwa A i B spodziewają się, że tylko pierwszy element, który trafi na rynek, odniesie sukces pod względem przychodów, a drugie przedsiębiorstwo, które wprowadzi swój produkt na rynek, nie będzie w stanie odzyskać poczynionych znacznych inwestycji w badania i rozwój, natomiast w przypadku rozpoczęcia sprzedaży produktu na rynku przez oba przedsiębiorstwa jednocześnie przedsiębiorstwa A i B spodziewają się, że będą oba w stanie osiągnąć znaczny zysk. W związku z tym postanawiają połączyć swoje działania badawczo-rozwojowe i utworzyć wspólnego przedsiębiorcę, który opracuje prototyp przedsiębiorstwa A, a następnie wyprodukuje nowy element i dostarczy go obu przedsiębiorstwom, które skomercjalizują go niezależnie. W wyniku zawarcia umowy o utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przedsiębiorstwo B porzuci prace nad opracowaniem własnego prototypu. Strony spodziewają się, że dzięki połączeniu swoich działań badawczo-rozwojowych będą w stanie wprowadzić nowy element na rynek w niespełna rok. Żadne inne przedsiębiorstwo nie opracowuje elementu substytucyjnego.

⁽¹⁴⁵⁾ Zob. pkt 44 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3. Aby zapoznać się z informacjami na temat odpowiedniego czasu na ocenę możliwości zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, zob. sekcja 2.2.5.

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych: Zminiaturyzowany element elektroniczny, którego dotyczy porozumienie badawczo-rozwojowe, stworzy zupełnie nowy popyt. Nie ulepszy on istniejącego produktu ani nie zastąpi go produktem substytucyjnym ani innym produktem. Przedsiębiorstwa A i B są konkurentami na poziomie innowacyjności; nie wchodzi one jednak w zakres definicji rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów określonej w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych⁽¹⁴⁶⁾, więc ich porozumienie nie będzie podlegało progowi udziału w rynku określonemu w art. 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Zamiast tego porozumienie badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwami A i B będzie objęte art. 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, a tym samym porozumienie będzie podlegało wyłączeniu na okres trwania prac badawczo-rozwojowych, o ile spełnia wszystkie pozostałe warunki wyłączenia zawarte w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych (na przykład warunki dotyczące dostępu do wyników prac badawczo-rozwojowych, braku najpoważniejszych ograniczeń konkurencji itp.).

Prawdopodobieństwo cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego:

(i) *Ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1:* Wskutek porozumienia badawczo-rozwojowego przedsiębiorstwo B porzuci własne prace nad rozwojem prototypowego elementu, który w przeciwnym wypadku prawdopodobnie wprowadziłoby na rynek w ciągu około 18 miesięcy. W chwili zawierania porozumienia badawczo-rozwojowego przedsiębiorstwa A i B są jedynymi przedsiębiorstwami prowadzącymi prace badawczo-rozwojowe związane ze zminiaturyzowanym elementem elektronicznym i żadne inne przedsiębiorstwo nie opracowuje elementu substytucyjnego. Ponadto przedsiębiorstwa te znajdują się na późnym etapie procesu badawczo-rozwojowego (spodziewają się wprowadzić element na rynek za około 18 miesięcy), a dzięki porozumieniu oba przedsiębiorstwa będą mogły uniknąć wyścigu o to, kto pierwszy wprowadzi produkt na rynek, zmniejszając ryzyko, że nie będą w stanie odzyskać całości lub części już poczynionych inwestycji. Wydaje się więc prawdopodobne, że to porozumienie badawczo-rozwojowe ograniczy konkurencję w zakresie innowacji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Wniosku tego nie zmienia fakt, że każda ze stron będzie komercjalizować nowy komponent niezależnie.

(ii) *Niespełnienie warunków określonych w art. 101 ust. 3:* Utworzenie wspólnego przedsięwzięcia pozwoli stronom wprowadzić nowy element na rynek szybciej, co stanowi obiektywną wydajność, która może przynieść korzyści konsumentom. Jest jednak mało prawdopodobne, by ta oszczędność czasu przeważała nad ograniczeniem konkurencji w zakresie innowacji i różnorodności produktów wynikającym z porzucenia prototypu przez przedsiębiorstwo B, biorąc pod uwagę, że w przeciwnym razie produkt tego przedsiębiorstwa prawdopodobnie zostałby wprowadzony na rynek przed produktem przedsiębiorstwa A lub najpóźniej w krótkim czasie po nim, a strony nie doświadczają żadnej innej presji konkurencyjnej na poziomie innowacyjności. W związku z tym wydaje się, że to porozumienie badawczo-rozwojowe nie spełnia co najmniej jednego z czterech łącznych warunków określonych w art. 101 ust. 3, a mianowicie dotyczącego słusznej części zysku dla konsumentów. W tym scenariuszu przywilej wyłączenia grupowego prawdopodobnie zostanie cofnięty, jak przewidziano w art. 10 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, a opisane porozumienie prawdopodobnie zostanie zakazane, ponieważ stanowi naruszenie art. 101.

169. Porozumienia badawczo-rozwojowe z udziałem instytucji akademickich/institutów badawczych**Przykład 2**

Sytuacja: Przedsiębiorstwo A jest dużym producentem pestycydów rolniczych. Działa na rynku wyższego szczebla składników pestycydów, na którym oferuje składnik X, oraz na rynku niższego szczebla pestycydów, na którym oferuje pestycyd Y. Składnik X jest kluczowym surowcem do produkcji pestycydu Y.

Przedsiębiorstwo A planuje sfinansować projekt badawczy mający na celu ulepszenie składnika X, dzięki czemu klienci stosujący pestycyd Y będą mogli osiągnąć takie same plony przy użyciu mniejszych ilości pestycydu. W tym celu przedsiębiorstwo A zawiera porozumienie badawczo-rozwojowe z uniwersytetem B, który ma znaczne zdolności badawczo-rozwojowe w zakresie składników pestycydów. Uniwersytet B nie produkuje ani nie sprzedaje pestycydów ani ich składników.

Porozumienie badawczo-rozwojowe przewiduje, że przedsiębiorstwo A będzie finansować, ale nie będzie prowadzić działań badawczo-rozwojowych, gdyż te będą prowadzone przez Uniwersytet B. Porozumienie badawczo-rozwojowe nie pozwala uniwersytetowi B na wykorzystywanie wyników prac badawczo-rozwojowych. W porozumieniu badawczo-rozwojowym zastrzeżono prawo do wykorzystywania wyników opłacanych prac badawczo-rozwojowych wyłącznie dla przedsiębiorstwa A. Uniwersytet B ma jedynie prawo do używania wyników prac badawczo-rozwojowych do celów dalszych prac badawczo-rozwojowych.

⁽¹⁴⁶⁾ Zob. art. 1 ust. 1 pkt 15 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych.

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych: Przedsiębiorstwo A i uniwersytet B nie są przedsiębiorstwami konkurującymi w rozumieniu rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Zgodnie z art. 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych nie muszą one spełniać wymogu dotyczącego progu udziału w rynku.

W art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych nałożono ogólny warunek wyłączenia grupowego polegający na tym, że wszystkie strony porozumienia badawczo-rozwojowego muszą mieć pełny dostęp do wyników opłacanych prac badawczo-rozwojowych do celów prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych i do celów wykorzystywania wyników. Opisywane porozumienie badawczo-rozwojowe nie spełnia tego warunku. Wchodzi ono jednak w zakres specjalnego wyjątku przewidzianego w art. 3 ust. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, zgodnie z którym porozumienia badawczo-rozwojowe, które ograniczają używanie wyników prac badawczo-rozwojowych przez instytucje akademickie wyłącznie do dalszych prac badawczo-rozwojowych (tj. gdy porozumienie wyklucza wykorzystywanie wyników tych prac), mogą korzystać z przywileju wyłączenia grupowego.

W związku z powyższym, o ile spełnione są pozostałe warunki rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, porozumienie badawczo-rozwojowe między przedsiębiorstwem A a uniwersytetem B jest objęte przywilejem wyłączenia grupowego i dalsza ocena nie jest wymagana.

170. Wpływ współpracy w zakresie prac badawczo-rozwojowych na środowisko

Przykład 3

Sytuacja: Dwa przedsiębiorstwa inżynieryjne, które produkują części pojazdów, postanawiają utworzyć wspólnego przedsiębiorcę w celu połączenia swoich istniejących działań badawczo-rozwojowych ukierunkowanych na poprawę parametrów produkowanej obecnie części. Jeżeli wspólne prace badawczo-rozwojowe zakończą się sukcesem, ulepszona część będzie miała wpływ na środowisko: pojazdy wyposażone w tę część będą bowiem zużywały mniej paliwa, a zatem będą emitowały mniej CO₂. Przedsiębiorstwa te oczekują, że połączenie ich działań badawczo-rozwojowych przyspieszy rozwój ulepszonego produktu. Zgodnie z postanowieniami umowy o utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy oba przedsiębiorstwa będą niezależnie od siebie kontynuowały produkcję i sprzedawały (istniejące i ulepszone) części. Udział tych dwóch przedsiębiorstw w ogólnounijnym rynku dostaw istniejącej części wynosi odpowiednio 15 % i 20 %. Istnieje jeszcze trzech innych znaczących konkurujących producentów części. Cykl życia części wynosi zwykle od trzech do pięciu lat. W ciągu ostatnich trzech lat każdego roku jeden z głównych producentów części wprowadzał nową lub ulepszoną wersję.

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych: Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych „właściwym rynkiem produktowym” jest rynek produktów, które mogą zostać ulepszone lub zastąpione substytucyjnymi lub innymi produktami objętymi umową. W niniejszym przypadku jest to rynek części pojazdu, której ulepszenie jest celem prac badawczo-rozwojowych. Łączny udział stron we właściwym rynku produktowym wynosi 35 %. Ponieważ wartość ta przekracza wynoszący 25 % próg udziału w rynku określony w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych, wspólny przedsiębiorca nie może zostać objęty przywilejem wyłączenia grupowego.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1: Dzięki połączeniu niezależnych wcześniej działań badawczo-rozwojowych stron utworzenie wspólnego przedsiębiorcy doprowadzi do zmniejszenia liczby działań badawczo-rozwojowych związanych z ulepszaniem części. Stwierdzenie, czy spowoduje to odczuwalne ograniczenie konkurencji na właściwym rynku produktowym czy też odczuwalne ograniczenie konkurencji w zakresie innowacji, wymaga pełnej oceny kontekstu prawnego i gospodarczego. W tym kontekście jako istotne czynniki wymienić można: obecność trzech innych znaczących producentów na właściwym rynku produktowym, osiągnięcia tych producentów w zakresie innowacji, stosunkowo krótki cykl życia części oraz fakt, że strony będą kontynuowały niezależną produkcję i sprzedaż istniejących i ulepszonych części. Podsumowując, wydaje się mało prawdopodobne, by wspólny przedsiębiorca doprowadził do odczuwalnego ograniczenia konkurencji.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 3: Ocena na podstawie art. 101 ust. 3 jest konieczna tylko w przypadku uznania, że wspólny przedsiębiorca ogranicza odczuwalnie konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Przyspieszenie opracowania ulepszonej wersji części, które zmniejszy zużycie paliwa, oznacza obiektywną wydajność. Chociaż strony mają znaczny łączny udział we właściwym rynku części, obecność innych znaczących konkurentów o dobrych osiągnięciach w zakresie innowacji, krótki cykl życia

części oraz fakt, że strony będą kontynuowały niezależną produkcję i sprzedaż części, zwiększając prawdopodobieństwo przeniesienia korzyści z tej wydajności na konsumentów i sprawiają, że jest mało prawdopodobne, by wspólny przedsiębiorca wyeliminował konkurencję na właściwym rynku części lub wyeliminował właściwą konkurencję w zakresie innowacji. Twierdzenie stron, że połączenie ich działań badawczo-rozwojowych jest niezbędne w celu przyspieszenia opracowania ulepszonej części, wydaje się uzasadnione. W związku z tym wspólny przedsiębiorca badawczo-rozwojowy prawdopodobnie spełnia warunki art. 101 ust. 3.

171. Partnerstwo badawcze

Przykład 4

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A, B i C to wiodące podmioty w dziedzinie technologii energii odnawialnej. Ustanawiają one partnerstwo badawcze, w ramach którego zdefiniowano program prac badawczo-rozwojowych ze wspólną długoterminową wizją dotyczącą rozwoju nowych technologii energii odnawialnej i ulepszenia technologii już istniejących. Program ten będzie wdrażany w postaci serii odrębnych kolejnych porozumień obejmujących indywidualne projekty dotyczące wspólnych i opłacanych prac badawczo-rozwojowych.

Przedsiębiorstwa sformalizują ten program w postaci protokołu ustaleń, w którym określą ramy współpracy stron, w tym cele i warunki, zasady zarządzania i ustalenia dotyczące monitorowania. W protokole ustaleń jest w szczególności przewidziany mechanizm rekompensaty w przypadkach, w których jedna strona zechce wykorzystać wyniki prac badawczo-rozwojowych przeprowadzonych przez pozostałe strony.

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych: Ponieważ protokół ustaleń nie dotyczy konkretnych projektów badawczo-rozwojowych (określa się w nim tylko ogólne zasady i warunki wdrażania projektów badawczo-rozwojowych, które będą stanowiły przedmiot odrębnych dalszych porozumień), protokół ustaleń sam w sobie nie stanowi porozumienia badawczo-rozwojowego w rozumieniu rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień badawczo-rozwojowych. Nie ma zatem zastosowania wyłączenie grupowe.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1 i art. 101 ust. 3: Wszystkie strony protokołu ustaleń prowadzą działalność w dziedzinie technologii energii odnawialnej, ale protokół ustaleń stanowi umowę ramową wysokiego szczebla, która nie dotyczy konkretnych projektów badawczo-rozwojowych. Nie można zatem stwierdzić, czy strony są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami do celów tego porozumienia. Możliwa będzie jedynie ocena stosunku konkurencji między nimi w chwili zawierania kolejnych wykonawczych porozumień badawczo-rozwojowych. W związku z tym protokół ustaleń nie ogranicza konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

3. POROZUMIENIA PRODUKCYJNE

3.1. Wprowadzenie

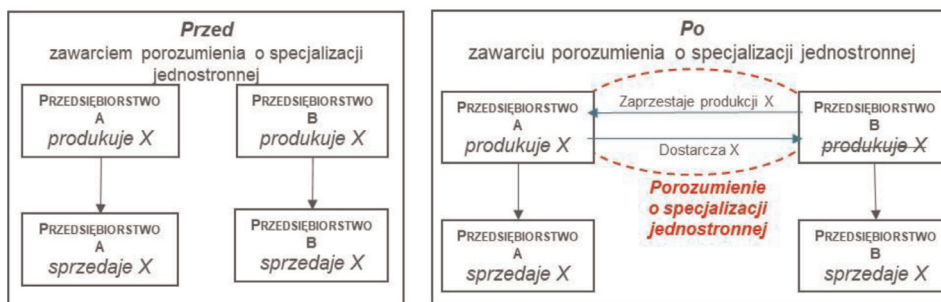
172. W niniejszym rozdziale przedstawiono wskazówki dotyczące oceny horyzontalnych porozumień produkcyjnych. Do celów niniejszego rozdziału produkcja oznacza wytwarzanie towarów i przygotowywanie usług⁽¹⁴⁷⁾.
173. Porozumienia produkcyjne są zróżnicowane pod względem formy i zakresu:
- mogą one przewidywać, że produkcja będzie się odbywała wspólnie, na przykład w ramach wspólnego przedsiębiorcy, wspólnego zespołu lub wspólnej organizacji; lub
 - mogą one przewidywać, że produkcja będzie prowadzona przez tylko jedną ze stron lub przez dwie strony lub większą ich liczbę w ramach luźniejszych form współpracy, takich jak porozumienia o podwykonawstwie.
174. „Porozumienia o wspólnej produkcji” to porozumienia, na mocy których co najmniej dwa przedsiębiorstwa postanawiają wspólnie produkować określone produkty. Wspólna produkcja może przybierać różne formy, na przykład (i) wspólnego przedsiębiorcy, tj. wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa prowadzącego co najmniej jednym zakład produkcyjny⁽¹⁴⁸⁾ lub (ii) wspólnego zespołu lub wspólnej organizacji, w skład których wchodzi równa albo nierówna liczba przedstawicieli stron.

⁽¹⁴⁷⁾ Jeżeli chodzi o przygotowywanie usług, zob. w szczególności pkt 200.

⁽¹⁴⁸⁾ Zob. pkt 12 i 46. Niniejsze wytyczne nie dotyczą operacji stanowiących koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw; obejmuje to utworzenie wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji.

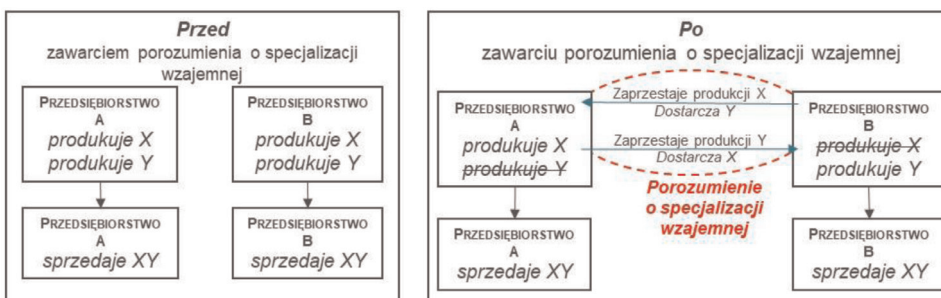
175. „Porozumienia o podwykonawstwie” to porozumienia, na mocy których jedna strona („wykonawca”) powierza wytwarzanie danego produktu drugiej stronie („podwykonawca”). W niniejszym rozdziale horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie oznaczają porozumienia o podwykonawstwie między przedsiębiorstwami działającymi na tym samym rynku produktowym, ale niekoniecznie na tym samym rynku geograficznym, a zatem niezależnie od tego, czy przedsiębiorstwa te są konkurentami. Horyzontalne porozumienia o podwykonawstwie obejmują porozumienia o specjalizacji jednostronnej i wzajemnej, jak również inne rodzaje porozumień o podwykonawstwie.
176. „Porozumienia o specjalizacji jednostronnej” to porozumienia między co najmniej dwiema stronami, które prowadzą działalność na tym samym rynku produktowym, na mocy których co najmniej jedna ze stron zgadza się na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji niektórych produktów lub wstrzymanie się od produkcji tych produktów oraz na nabywanie ich od drugiej strony lub od pozostałych stron, które zgadzają się na wytwarzanie i dostarczanie tych produktów stronie lub stronom, które zaprzestają ich produkcji lub się od niej wstrzymują.

Przykład porozumienia o specjalizacji jednostronnej



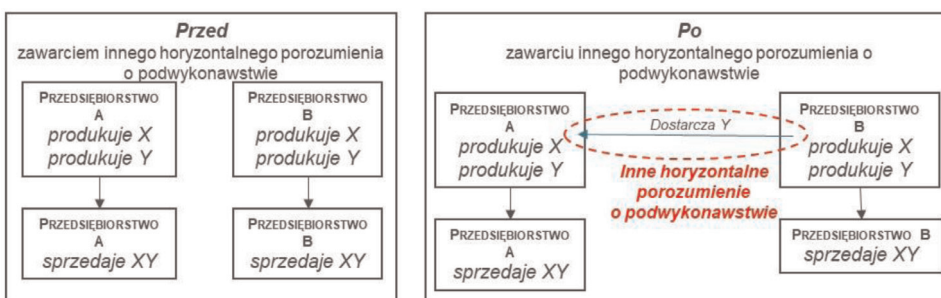
177. „Porozumienia o specjalizacji wzajemnej” to porozumienia między co najmniej dwiema stronami prowadzącymi działalność na tym samym rynku produktowym, na mocy których co najmniej dwie strony zgadzają się na zasadzie wzajemności na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji niektórych, lecz różnych, produktów lub wstrzymanie się od produkcji tych produktów, oraz na nabywanie ich od co najmniej jednej z pozostałych stron, które zgadzają się na wytwarzanie i dostarczanie tych produktów stronie lub stronom, które zaprzestają ich produkcji lub się od niej wstrzymują.

Przykład porozumienia o specjalizacji wzajemnej



178. Wytyczne zawarte w niniejszym rozdziale dotyczą również innych rodzajów horyzontalnych porozumień o podwykonawstwie. Obejmuje to porozumienia o podwykonawstwie mające na celu rozszerzenie produkcji, na mocy których wykonawca w tym samym czasie nie zaprzestaje ani nie ogranicza własnej produkcji tego produktu.

Przykład porozumienia specjalizacyjnego mającego na celu rozszerzenie produkcji.



179. Niniejsze wytyczne stosuje się do wszystkich rodzajów horyzontalnych porozumień o wspólnej produkcji oraz horyzontalnych porozumień o podwykonawstwie ⁽¹⁴⁹⁾.
180. Ze względów praktycznych przedsiębiorstwa, które zamierzają zawrzeć horyzontalne porozumienia produkcyjne, mogą najpierw rozważyć, czy ich porozumienie może być objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych ⁽¹⁵⁰⁾. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych opiera się na domniemaniu, że – w zakresie, w jakim porozumienie produkcyjne jest objęte art. 101 ust. 1 i spełnia warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych – będzie ono co do zasady spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3. Jeżeli horyzontalne porozumienie produkcyjne spełnia warunki rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, jest ono zgodne z art. 101 i dalsza ocena nie jest konieczna ⁽¹⁵¹⁾. Jeżeli porozumienie produkcyjne nie jest objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych lub nie spełnia warunków tego rozporządzenia, należy przeprowadzić indywidualną ocenę na podstawie art. 101, aby stwierdzić przede wszystkim, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, a jeśli tak, to czy spełnia wszystkie cztery warunki określone w art. 101 ust. 3.
181. Niniejszy rozdział skonstruowano w następujący sposób:
- a) sekcja 3.2 zawiera wskazówki dotyczące określenia rynków, które są istotne z punktu widzenia oceny porozumień produkcyjnych;
 - b) sekcja 3.3 zawiera wskazówki dotyczące stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, w tym warunków obejmowania porozumień specjalizacyjnych wyłączeniami, progu udziału w rynku oraz najpoważniejszych i wykluczonych ograniczeń konkurencji;
 - c) sekcja 3.4 zawiera wskazówki dotyczące indywidualnej oceny porozumień produkcyjnych na podstawie art. 101 ust. 1;
 - d) sekcja 3.5 zawiera wskazówki dotyczące indywidualnej oceny porozumień produkcyjnych na podstawie art. 101 ust. 3;
 - e) sekcja 3.6 zawiera szczegółowe wskazówki dotyczące oceny porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej na podstawie art. 101 ust. 1 i art. 101 ust. 3.

3.2. Rynki właściwe

182. W *obwieszczeniu w sprawie definicji rynku* określono główne kryteria i dowody wykorzystywane przez Komisję do zdefiniowania rynków właściwych przy egzekwowaniu unijnego prawa konkurencji (zob. również pkt 44). Kryteria te mają zastosowanie do oceny porozumień produkcyjnych na podstawie art. 101.
183. Porozumienia produkcyjne mają wpływ na rynki, których współpraca dotyczy bezpośrednio, tj. rynki, do których należą produkty produkowane na podstawie porozumienia. Porozumienia produkcyjne mogą również powodować skutki dla rynków wyższego szczebla, niższego szczebla lub sąsiednich w stosunku do rynku, którego współpraca dotyczy bezpośrednio („rynki dotknięte skutkami ubocznymi”) ⁽¹⁵²⁾. Takie rynki dotknięte skutkami ubocznymi mogą być rynkami właściwymi do oceny, jeżeli są one współzależne oraz jeżeli strony posiadają silną pozycję rynkową na rynku dotkniętym skutkami ubocznymi.
184. Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych rynek właściwy oznacza rynek produktowy lub geograficzny, do którego należą produkty wytwarzane na podstawie porozumienia specjalizacyjnego, a ponadto – jeżeli produkty te są produktami pośrednimi, w całości lub częściowo wykorzystywanymi na własne potrzeby przez co najmniej jedną ze stron jako produkty wejściowe dla produktów rynku niższego szczebla – rynki produktowe i geograficzne, do których należą te produkty rynku niższego szczebla.

⁽¹⁴⁹⁾ Niniejsze wytyczne nie obejmują wertykalnych porozumień o podwykonawstwie. Wertykalne porozumienia o podwykonawstwie zawierane są przez przedsiębiorstwa działające na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji. Porozumienia te mogą wchodzić w zakres wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych oraz, z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków, mogą być objęte VBER. Dodatkowo porozumienia te 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 (Dz.U. C 1 z 3.1.1979, s. 2) („obwieszczenie w sprawie porozumień o podwykonawstwie”).

⁽¹⁵⁰⁾ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 2023/1067 z dnia 1 czerwca 2023 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz.U. L 143 z 2.6.2023, s. 20).

⁽¹⁵¹⁾ Chyba że w indywidualnym przypadku Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji cofnie przywilej wyłączenia grupowego (zob. sekcja 3.3.7) i wówczas do czasu takiego cofnięcia.

⁽¹⁵²⁾ Zob. art. 2 ust. 5 tiret pierwsze rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004.

3.3. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych

185. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych przewidziano wyłączenie niektórych porozumień produkcyjnych z zakazu określonego w art. 101 ust. 1⁽¹⁵³⁾. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych opiera się na założeniu, że – w zakresie, w jakim porozumienie produkcyjne jest objęte art. 101 ust. 1 i spełnia warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych – będzie ono co do zasady spełniać cztery łączne warunki określone w art. 101 ust. 3. Ze względów praktycznych przedsiębiorstwa, które zamierzają zawrzeć porozumienia produkcyjne, mogą najpierw rozważyć, czy ich porozumienie może być objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.
186. Porozumienia produkcyjne, które spełniają warunki rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, są zgodne z art. 101 i dalsza ocena nie jest konieczna⁽¹⁵⁴⁾. Jeżeli porozumienie produkcyjne nie spełnia warunków rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, należy przeprowadzić indywidualną ocenę na podstawie art. 101, aby stwierdzić przede wszystkim, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1⁽¹⁵⁵⁾, a jeśli tak, to czy spełnia cztery łączne warunki określone w art. 101 ust. 3.
- 3.3.1. *Porozumienia produkcyjne objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*
187. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych obejmuje następujące rodzaje horyzontalnych porozumień produkcyjnych: a) porozumienia o specjalizacji jednostronnej; b) porozumienia o specjalizacji wzajemnej i c) porozumienia o wspólnej produkcji. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych termin „porozumienie specjalizacyjne” jest stosowany w odniesieniu do wszystkich tych trzech rodzajów horyzontalnych porozumień produkcyjnych. W każdym przypadku porozumienie może dotyczyć wytwarzania towarów lub przygotowywania usług⁽¹⁵⁶⁾.
188. Art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawiera następującą definicję *porozumień o specjalizacji jednostronnej*:
- a) porozumienie to obejmuje co najmniej dwie strony;
 - b) strony tego porozumienia działają już na tym samym rynku produktowym;
 - c) co najmniej jedna ze stron zgadza się na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji lub powstrzymanie się od produkcji określonych produktów oraz na nabywanie ich od co najmniej jednej z pozostałych stron; oraz
 - d) inna strona lub strony zgadzają się na produkowanie i dostarczanie tych produktów drugiej stronie lub stronom, które zaprzestają lub powstrzymują się od ich produkcji.
189. W definicji porozumień o specjalizacji jednostronnej nie wymaga się: (i) prowadzenia przez strony działalności na tym samym rynku geograficznym ani (ii) zmniejszenia mocy produkcyjnych (np. sprzedaży fabryk lub zamknięcia linii produkcyjnych) przez stronę lub strony, które zaprzestają produkcji lub powstrzymują się od produkcji określonych produktów. Wystarczające jest zmniejszenie wielkości produkcji przez te strony.
190. Art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawiera następującą definicję *porozumień o specjalizacji wzajemnej*:
- a) porozumienie to obejmuje co najmniej dwie strony;
 - b) strony tego porozumienia działają już na tym samym rynku produktowym;
 - c) co najmniej dwie strony zgadzają się na zasadzie wzajemności na całkowite lub częściowe zaprzestanie produkcji lub powstrzymanie się od produkcji określonych, lecz różnych, produktów oraz na nabywanie tych produktów od co najmniej jednej z pozostałych stron; oraz
 - d) co najmniej jedna z pozostałych stron zgadza się na produkowanie i dostarczanie tych produktów stronom, które zaprzestają lub powstrzymują się od ich produkcji.
191. W definicji porozumień o specjalizacji wzajemnej nie wymaga się: (i) prowadzenia przez strony działalności na tym samym rynku geograficznym ani (ii) zmniejszenia mocy produkcyjnych (np. sprzedaży fabryk lub zamknięcia linii produkcyjnych) przez stronę lub strony, które zaprzestają produkcji lub powstrzymują się od produkcji. Wystarczające jest zmniejszenie wielkości produkcji przez te strony.

⁽¹⁵³⁾ W rozporządzeniu (EWG) nr 2821/71 upoważniono Komisję, zgodnie z art. 101 ust. 3, do grupowego wyłączenia – w drodze rozporządzenia – porozumień, których celem jest specjalizacja, włączając w to porozumienia niezbędne do osiągnięcia tego celu.

⁽¹⁵⁴⁾ Chyba że w indywidualnym przypadku Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji cofnie przywilej wyłączenia grupowego (zob. sekcja 3.3.7) i wówczas do czasu takiego cofnięcia.

⁽¹⁵⁵⁾ Więcej informacji o ocenie porozumień specjalizacyjnych na podstawie art. 101 ust. 1 można znaleźć w sekcji 3.4.

⁽¹⁵⁶⁾ Zob. motyw 6 oraz art. 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.

192. Art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawiera następującą definicję *porozumień o wspólnej produkcji*:
- porozumienie to obejmuje co najmniej dwie strony; oraz
 - strony zgadzają się na wspólną produkcję niektórych produktów.
193. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie zdefiniowano terminu „wspólny” w kontekście produkcji. Do celów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych wspólna produkcja może przybierać dowolną formę (na przykład wspólnego przedsiębiorstwa, wspólnej organizacji, wspólnego zespołu). Ponadto w przypadku porozumień o wspólnej produkcji nie obowiązuje wymóg, by strona lub strony zaprzestały produkcji wszelkich produktów lub powstrzymały się od ich produkcji.
- 3.3.2. *Inne postanowienia objęte zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*
194. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych ma również zastosowanie do niektórych postanowień powszechnie stosowanych w porozumieniach produkcyjnych.
195. *Postanowienia dotyczące przeniesienia praw własności intelektualnej na stronę lub strony lub udzielenia im licencji na te prawa.* Art. 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych stanowi, że wyłączenie grupowe ma również zastosowanie do porozumień specjalizacyjnych, które zawierają postanowienia dotyczące przeniesienia praw własności intelektualnej na stronę lub strony lub udzielenia im licencji na te prawa, pod warunkiem że postanowienia te spełniają dwa łączne warunki:
- są bezpośrednio związane z wprowadzeniem i konieczne do wprowadzenia w życie porozumienia specjalizacyjnego; oraz
 - nie stanowią podstawowego przedmiotu porozumienia.
196. *Postanowienia dotyczące zobowiązań do dostaw lub zakupów* Art. 2 ust. 4 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych stanowi, że wyłączenie grupowe ma również zastosowanie do porozumień specjalizacyjnych, na mocy których strony przyjmują zobowiązania dotyczące wyłączności w zakresie dostaw i wyłączności w zakresie zakupów⁽¹⁵⁷⁾, a które zdefiniowano w następujący sposób:
- Zobowiązanie do wyłączności w zakresie dostaw* oznacza zobowiązanie do zaniechania dostaw produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego na rzecz przedsiębiorstwa konkurującego innego niż strona lub strony porozumienia (zob. art. 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Produkty będące przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego oznaczają produkty wytwarzane na podstawie porozumienia specjalizacyjnego (zob. art. 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych).
 - Zobowiązanie do wyłączności w zakresie zakupów* oznacza zobowiązanie do zakupu produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego tylko od strony lub stron porozumienia (zob. art. 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych).
- 3.3.3. *Dystrybucja w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*
197. Art. 2 ust. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych stanowi, że wyłączenie grupowe ma również zastosowanie do porozumień specjalizacyjnych, w których przewidziano wspólną dystrybucję produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego. Strony zachowują również swobodę indywidualnej sprzedaży produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego.
198. W art. 1 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zdefiniowano pojęcie „dystrybucja” jako sprzedaż i dostawę produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego klientom, w tym komercjalizację tych produktów.
199. W art. 1 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zdefiniowano pojęcie „wspólny” w kontekście dystrybucji jako:
- dystrybucję prowadzoną przez wspólny zespół, wspólną organizację lub wspólne przedsiębiorstwo; lub
 - dystrybucję prowadzoną przez dystrybutora będącego osobą trzecią, który spełnia dwa łączne warunki:
 - dystrybutor jest wyznaczany wspólnie przez strony porozumienia specjalizacyjnego (na zasadzie wyłączności lub niewyłączności); oraz
 - dystrybutor nie jest rzeczywistym ani potencjalnym konkurentem stron porozumienia specjalizacyjnego.

⁽¹⁵⁷⁾ Należy zauważyć, że porozumienia o specjalizacji jednostronnej i wzajemnej muszą obejmować zobowiązania dotyczące dostaw i zakupów, aby odpowiadały definicjom takich porozumień określonym w art. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych (zob. pkt 188 i 190).

3.3.4. Usługi w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych

200. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych ma zastosowanie do porozumień specjalizacyjnych, które dotyczą przygotowywania usług. Przygotowywanie usług odnosi się do działań realizowanych na wyższym szczeblu obrotu niż świadczenie usług na rzecz klientów (art. 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Wśród przykładów przygotowywania usług można wymienić utworzenie lub obsługę platformy, za pośrednictwem której będą świadczone usługi.
201. Jak jednak wyjaśniono w motywie 6 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, świadczenie usług na rzecz klientów znajduje się poza zakresem rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, z wyjątkiem sytuacji, w której strony uzgadniają wspólne świadczenie usług przygotowanych w ramach porozumienia specjalizacyjnego.

3.3.5. Próg udziału w rynku i okres wyłączenia

3.3.5.1. Próg udziału w rynku

202. Porozumienia specjalizacyjne mogą być objęte przywilejem wyłączenia grupowego, jeżeli spełnione są następujące progi udziału w rynku określone w art. 3 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych:
- łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 % na rynku właściwym lub rynkach właściwych, do których należą produkty będące przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego;
 - Jeżeli produkty będące przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego są produktami pośrednimi całkowicie lub częściowo wykorzystywanymi przez co najmniej jedną ze stron jako produkt wejściowy do produkcji określonych produktów rynku niższego szczebla, które strony te również sprzedają, z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych można skorzystać, o ile:
 - łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 % na rynku właściwym lub rynkach właściwych, do których należą produkty będące przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego; oraz
 - łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 % na rynku właściwym lub rynkach właściwych, do których należą produkty rynku niższego szczebla. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zdefiniowano „produkt rynku niższego szczebla” jako produkt, do produkcji którego strona lub strony porozumienia używają, jako produktu wejściowego, produktu będącego przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego i który jest sprzedawany przez te strony na rynku (art. 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych).

3.3.5.2. Obliczanie udziałów w rynku

203. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych określono, że udział stron w rynku należy obliczać na podstawie danych dotyczących wartości sprzedaży rynkowej (art. 4 lit. a) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych). Jeżeli dane dotyczące wartości sprzedaży rynkowej nie są dostępne, do obliczenia udziału stron w rynku można wykorzystać inne wiarygodne informacje rynkowe (w tym dane dotyczące wielkości sprzedaży rynkowej).
204. Próg udziału w rynku ma zastosowanie przez cały czas obowiązywania porozumienia specjalizacyjnego. Aby ocenić spełnienie tego warunku, udział stron w rynku należy obliczyć na podstawie danych odnoszących się do roku kalendarzowego poprzedzającego datę oceny (art. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych).
205. W niektórych przypadkach dane za poprzedni rok kalendarzowy nie będą reprezentatywne dla pozycji stron na rynku właściwym lub rynkach właściwych. Taka sytuacja może wystąpić na przykład na rynkach charakteryzujących się nierównomiernym lub nieregularnym popytem. Przykłady nierównomiernego popytu można znaleźć na rynkach przetargowych, w przypadku których udziały w rynku mogą ulegać znacznym zmianom w poszczególnych latach w zależności od tego, czy stronie udzielono zamówienia. Jeżeli poprzedni rok kalendarzowy nie jest reprezentatywny dla pozycji stron na rynku właściwym lub rynkach właściwych, udział w rynku należy obliczyć jako średnią udziałów stron w rynku za ostatnie trzy lata kalendarzowe.

3.3.5.3. Okres wyłączenia

206. Wyłączenie przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie jest ograniczone czasowo. Wyłączenie ma zastosowanie przez okres obowiązywania porozumienia specjalizacyjnego, o ile progi udziału w rynku i pozostałe warunki określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych pozostają spełnione.
207. Art. 4 lit. d) rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych stanowi, że w przypadku gdy łączny udział stron w rynku wynosi początkowo nie więcej niż 20 %, ale następnie przekroczy 20 % w odniesieniu do przynajmniej jednego z rynków właściwych objętych porozumieniem specjalizacyjnym, wyłączenie grupowe będzie stosowane nadal przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych po upływie roku, w którym próg 20 % został przekroczony po raz pierwszy.

- 3.3.6. *Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*
- 3.3.6.1. *Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji*
208. W art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawarto wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji to poważne ograniczenia konkurencji, które zazwyczaj wyrządzają szkodę rynkowi i konsumentom.
209. W przypadku gdy porozumienie specjalizacyjne zawiera co najmniej jedno najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wymienione w art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, całe porozumienie jest wykluczone z wyłączenia grupowego.
210. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji wymienione w art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych można podzielić na następujące kategorie:
- ustalenie cen przy sprzedaży produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego osobom trzecim;
 - ograniczenie produkcji lub sprzedaży; oraz
 - podział rynków lub klientów.
211. Ograniczenia takie mogą występować a) bezpośrednio lub pośrednio oraz b) samodzielnie lub w powiązaniu z innymi czynnikami, na które strony porozumienia specjalizacyjnego mają wpływ.
- 3.3.6.2. *Wyjątki*
212. W art. 5 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawarto również szereg wyjątków od najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Porozumienia specjalizacyjne, które zawierają tego rodzaju postanowienia stanowiące wyjątki, wciąż mogą zatem korzystać z wyłączenia, pod warunkiem że spełnione są pozostałe warunki przewidziane w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.
- Ustalenie cen.* W kontekście *wspólnej dystrybucji* przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość ustalania cen stosowanych wobec bezpośrednich klientów (art. 5 lit. a)).
 - Ograniczanie produkcji lub sprzedaży.*
 - W kontekście *porozumień o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej* przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość przyjmowania postanowień dotyczących uzgodnionej ilości produktów, (i) których produkcji strona lub strony zaprzestają lub (ii) które strona lub strony będą produkować dla drugiej strony lub pozostałych stron (art. 5 lit. b) ppkt (i)).
 - W kontekście *porozumień o wspólnej produkcji* przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość przyjmowania postanowień dotyczących ustalania zdolności produkcyjnej i wielkości produkcji stron w odniesieniu do produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego (art. 5 lit. b) ppkt (ii)).
 - W kontekście *wspólnej dystrybucji* przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych dopuszczają możliwość ustalania docelowych poziomów sprzedaży produktów będących przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego (art. 5 lit. b) ppkt (iii)).
- 3.3.7. *Cofnięcie przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*
213. Zgodnie z art. 6 i 7 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych Komisja lub krajowe organy ochrony konkurencji mogą cofnąć przywilej wyłączenia grupowego na podstawie – odpowiednio – art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, gdy w indywidualnym przypadku stwierdzą, że skutki porozumienia specjalizacyjnego objętego wyłączeniem grupowym są jednak niezgodne z art. 101 ust. 3. Art. 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych zawiera niewyczerpujący wykaz scenariuszy, w których Komisja może rozważyć skorzystanie z tego uprawnienia, a mianowicie w przypadku gdy rynek właściwy jest w dużym stopniu skoncentrowany, a konkurencja jest już słaba, na przykład z któregośkolwiek z poniższych powodów:
- poszczególne pozycje rynkowe innych uczestników rynku;
 - powiązania między innymi uczestnikami rynku wynikające z równoległych porozumień specjalizacyjnych;
 - powiązania między stronami i innymi uczestnikami rynku.

214. Na przykład strona porozumienia specjalizacyjnego może być stroną odrębnych porozumień specjalizacyjnych z innymi uczestnikami rynku. Alternatywnie strona może mieć umowne lub strukturalne powiązania z innymi uczestnikami rynku odnoszące się do innych rynków.
215. Wskazówki zawarte w rozdziale 2 dotyczącym porozumień badawczo-rozwojowych w odniesieniu do procedury cofania przywileju wyłączenia grupowego w poszczególnych przypadkach oraz konsekwencji cofnięcia są również istotne w kontekście cofania przywileju wynikającego z rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych (zob. sekcja 2.2.6).
- 3.3.8. *Okres przejściowy*
216. W rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych przewidziano dwuletni okres przejściowy (od 1 lipca 2023 r. do 30 czerwca 2025 r.), w którym zakaz określony w art. 101 ust. 1 nie ma zastosowania do porozumień specjalizacyjnych, które obowiązują już w dniu 30 czerwca 2023 r. i nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianych w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, ale spełniają warunki wyłączenia przewidziane w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1218/2010 ⁽¹⁵⁸⁾.
- 3.4. **Indywidualna ocena porozumień produkcyjnych na podstawie art. 101 ust. 1**
217. W przypadku gdy porozumienie produkcyjne nie korzysta z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, konieczne jest przeprowadzenie indywidualnej oceny na podstawie art. 101. Pierwszym etapem oceny jest ustalenie, czy porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 ⁽¹⁵⁹⁾. Jeżeli porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu tego przepisu, drugim etapem oceny jest ustalenie, czy porozumienie spełnia warunki przewidziane w art. 101 ust. 3 ⁽¹⁶⁰⁾.
- 3.4.1. *Główne problemy w zakresie konkurencji*
218. Porozumienia produkcyjne mogą powodować różne problemy w zakresie konkurencji, takie jak:
- a) bezpośrednie ograniczenie konkurencji między stronami;
 - b) koordynacja konkurencyjnego zachowania stron jako dostawców; lub
 - c) antykonkurencyjne zamknięcie osobom trzecim dostępu do rynku dotkniętego skutkami ubocznymi.
219. Porozumienia produkcyjne mogą prowadzić do *bezpośredniego ograniczenia konkurencji między stronami*. Porozumienia produkcyjne, a w szczególności wspólni przedsiębiorcy produkcyjni ⁽¹⁶¹⁾, mogą prowadzić do bezpośredniego uzgadniania między stronami poziomu produkcji, jakości produktów, ceny, po której wspólny przedsiębiorca sprzedaje swoje produkty, lub innych istotnych parametrów konkurencji (np. innowacji lub zrównoważonego rozwoju). Może to prowadzić do ograniczenia konkurencji, nawet jeżeli strony sprzedają produkty wyprodukowane na podstawie porozumienia niezależnie od siebie.
220. Wynikiem porozumień produkcyjnych może być również *koordynacja konkurencyjnego zachowania stron jako dostawców*, tj. *zmowa*, prowadząca do wyższych cen, ograniczonej produkcji, obniżonej jakości produktów, ograniczonej różnorodności produktów lub ograniczonej innowacyjności ⁽¹⁶²⁾. Wystąpienie zmowy jest bardziej prawdopodobne, w przypadku gdy:
- a) strony posiadają władzę rynkową; oraz
 - b) istnieją czynniki sprzyjające takiej koordynacji, w szczególności:
 - a) jeżeli porozumienie produkcyjne zwiększa stopień uwspólnienia kosztów stron (tj. części kosztów zmiennych, które strony dzielą między sobą) do poziomu, który umożliwia im osiągnięcie zmowy; lub
 - b) jeżeli porozumienie przewiduje wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych, która może prowadzić do zmowy.

⁽¹⁵⁸⁾ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1218/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz.U. L 335 z 18.12.2010, s. 43).

⁽¹⁵⁹⁾ Jeżeli tak nie jest, art. 101 nie ma zastosowania i dalsza ocena nie jest wymagana.

⁽¹⁶⁰⁾ Zob. sekcja 3.5.

⁽¹⁶¹⁾ Zob. pkt 46 („wspólni przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji”) i pkt 12 („odpowiedzialność za naruszenia art. 101”).

⁽¹⁶²⁾ Porozumienia produkcyjne mogą również prowadzić do koordynacji zachowania stron jako nabywców. W takim przypadku, jak wyjaśniono w pkt 6, oprócz wskazówek zawartych w niniejszym rozdziale 3 istotne mogą być wskazówki zawarte w rozdziale 4 (Porozumienia o zakupach).

221. Porozumienia produkcyjne mogą również prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku osobom trzecim na rynkach niższego szczebla w sytuacjach, w których porozumienie produkcyjne dotyczy produktu pośredniego odpowiadającego za znaczną część kosztów zmiennych produktu końcowego, który jest przedmiotem konkurencji stron na rynku niższego szczebla. W takim przypadku strony mogą być w stanie wykorzystać porozumienie produkcyjne do podniesienia ceny produktu pośredniego i tym samym mogą podnieść koszty swoich konkurentów na rynku niższego szczebla. Może to osłabić konkurencję na rynku niższego szczebla oraz doprowadzić do wzrostu cen końcowych.

3.4.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

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

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

a) strony uzgadniają produkcję, której bezpośrednio dotyczy porozumienie produkcyjne (np. moce produkcyjne i wielkość produkcji wspólnego przedsiębiorcy lub uzgodniona ilość produktów podzlecanych), pod warunkiem że konkurencja oparta na innych parametrach (np. cenach) nie jest eliminowana; lub

b) porozumienie produkcyjne, które przewiduje również wspólną dystrybucję wspólnie wyprodukowanych produktów, przewiduje wspólne ustalenie cen sprzedaży tylko tychże produktów, pod warunkiem że ograniczenie to jest obiektywnie niezbędne dla wdrożenia łączonego porozumienia produkcyjnego i dystrybucyjnego oraz proporcjonalne dla osiągnięcia celów tego porozumienia.

224. Jeżeli porozumienie produkcyjne nie jest objęte zakazem określonym w art. 101 ust. 1 z uwagi na to, że ma ono neutralne lub pozytywne skutki dla konkurencji i zawiera ograniczenie dotyczące ustalania cen, o którym mowa w pkt 223 lit. b), to ograniczenie dodatkowe również uniknie zakazu określonego w art. 101 ust. 1⁽¹⁶³⁾.

225. Jeżeli porozumienie produkcyjne zawiera ograniczenie związane z produkcją, o którym mowa w pkt 223 lit. a), które nie jest ograniczeniem dodatkowym stanowiącym o uniknięciu zakazu określonego w art. 101 ust. 1⁽¹⁶⁴⁾, należy ocenić, czy jest prawdopodobne, że porozumienie wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Takie ograniczenie nie będzie oceniane oddzielnie od porozumienia produkcyjnego, lecz w świetle ogólnych skutków całego porozumienia produkcyjnego.

3.4.3. Skutki ograniczające konkurencję

226. Aby ocenić, czy porozumienie produkcyjne ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, konieczne jest uwzględnienie różnych czynników. Obejmują one:

a) kwestię, czy strony porozumienia są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami⁽¹⁶⁵⁾;

b) sytuację, która miałaby miejsce w przypadku braku porozumienia, w tym wszelkich zawartych w nim ograniczeń;

c) cechy rynku właściwego oraz kwestię, czy strony porozumienia mają władzę rynkową;

d) charakter i zakres współpracy;

e) produkty, których dotyczy współpraca.

3.4.3.1. Porozumienia produkcyjne, które prawdopodobnie nie wywołają skutków ograniczających

227. Niektóre porozumienia produkcyjne prawdopodobnie nie będą wywoływać skutków ograniczających:

a) porozumienie produkcyjne między przedsiębiorstwami, które nie są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami. Takie porozumienia mogą ograniczać konkurencję zasadniczo tylko wówczas, gdy zawierają postanowienia, które wykluczają konkurencję ze strony osób trzecich;

b) porozumienia produkcyjne umożliwiające stronom wprowadzenie produktu, którego w przeciwnym wypadku na podstawie obiektywnych czynników nie byłyby w stanie wyprodukować (na przykład z powodu swoich możliwości technicznych), które nie prowadzą do zмовy dotyczącej innych produktów będących przedmiotem konkurencji między stronami;

⁽¹⁶³⁾ Zob. pkt 34.

⁽¹⁶⁴⁾ Zob. pkt 34.

⁽¹⁶⁵⁾ Zob. pkt 16.

- c) porozumienia produkcyjne, które wywierają wpływ na rynki, na których strony nie mają władzy rynkowej⁽¹⁶⁶⁾, w tym porozumienia korzystające z obwieszczenia *de minimis*⁽¹⁶⁷⁾.

3.4.3.2. Władza rynkowa

228. Tylko wówczas, gdy strony porozumienia będą miały władzę rynkową, będą w stanie opłacalnie utrzymać ceny powyżej poziomu konkurencyjnego lub opłacalnie utrzymać poziom produkcji i jakości lub różnorodności produktu poniżej poziomu konkurencyjnego. Punktem wyjścia analizy władzy rynkowej jest a) indywidualny i łączny udział stron w rynku. Następnie analizowane są zazwyczaj b) wskaźnik koncentracji oraz liczba uczestników rynku, c) czynniki dynamiczne, takie jak możliwość wejścia na rynek i zmiany udziału w rynku, jak również d) inne istotne czynniki.

a) Udziały w rynku

229. Mało prawdopodobne jest, aby władzę rynkową miały przedsiębiorstwa, których udział w rynku leży poniżej określonego poziomu.
230. *Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*: Porozumienia specjalizacyjne⁽¹⁶⁸⁾ korzystają z przywileju przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, jeżeli są to porozumienia między stronami, których łączny udział w rynku na rynkach właściwych nie przekracza 20 %⁽¹⁶⁹⁾, oraz jeżeli spełnione są pozostałe warunki stosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.
231. *Kwestie nieobjęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych*: W przypadku horyzontalnych porozumień produkcyjnych, które nie stanowią porozumień specjalizacyjnych zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, istnienie władzy rynkowej jest najczęściej mało prawdopodobne, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku na rynkach właściwych nie przekracza 20 %.
232. Jak wyjaśniono w pkt 183, porozumienie produkcyjne może spowodować skutki uboczne na rynkach wyższego szczebla, niższego szczebla lub sąsiednich w stosunku do rynku, którego współpraca dotyczy bezpośrednio (na przykład jeżeli porozumienie dotyczy produktów pośrednich, które wykorzystuje się jako produkty wejściowe do produktów rynku niższego szczebla). Wystąpienie skutków ograniczających na rynkach dotkniętych skutkami ubocznymi jest bardziej prawdopodobne, jeżeli rynki te są współzależne oraz jeżeli strony posiadają władzę rynkową na rynku dotkniętym skutkami ubocznymi.
233. *Udział w rynku powyżej 20 %*: Jeśli łączny udział stron w rynku przekracza 20 %, należy ocenić skutki ograniczające porozumienia produkcyjnego. Ogólnie rzecz biorąc, im wyższy jest łączny udział stron w rynku, tym większe jest ryzyko, że porozumienie produkcyjne zwiększy motywację stron do podnoszenia cen (lub obniżania jakości lub asortymentu swoich produktów).

b) Wskaźnik koncentracji rynku

234. Prawdopodobieństwo, że porozumienie produkcyjne na rynku skoncentrowanym (tj. rynku z ograniczoną liczbą uczestników) wywoła skutki ograniczające konkurencję, jest zasadniczo znacznie większe niż w przypadku rynku nieskoncentrowanego. Na rynku skoncentrowanym porozumienie produkcyjne może również zwiększyć ryzyko zmywy, nawet jeżeli strony mają umiarkowany łączny udział w rynku. Sam fakt, że łączny udział stron w rynku nieznacznie przekracza 20 % nie oznacza, że mamy do czynienia z rynkiem wysoce skoncentrowanym.

c) Czynniki dynamiczne

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

d) Inne czynniki istotne dla oceny władzy rynkowej

236. Z punktu widzenia oceny władzy rynkowej stron istotne mogą być również liczba i intensywność powiązań pomiędzy konkurentami na rynku (np. inne porozumienia kooperacyjne), zdolność nabywców do zmiany dostawców lub to, czy prawdopodobne jest, że konkurenci nie zwiększą dostaw w przypadku wzrostu cen.

⁽¹⁶⁶⁾ Zob. sekcja 3.4.3.2.

⁽¹⁶⁷⁾ Zob. pkt 41. W wielu przypadkach porozumienia produkcyjne między MŚP będą objęte zakresem obwieszczenia *de minimis*. Obwieszczenie to nie ma jednak zastosowania do porozumień, które zawierają ograniczenia konkurencji ze względu na cel.

⁽¹⁶⁸⁾ Zob. art. 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych.

⁽¹⁶⁹⁾ Zob. sekcja 3.3.5.1.

237. Ponadto w przypadku gdy przedsiębiorstwo posiadające władzę rynkową na jednym rynku współpracuje z potencjalnym nowym uczestnikiem rynku, np. z dostawcą tego samego produktu na sąsiednim rynku geograficznym, porozumienie może zwiększyć władzę rynkową przedsiębiorstwa zasiedziałego. Może to wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli: a) faktyczna konkurencja na rynku przedsiębiorstwa zasiedziałego jest już słaba oraz b) zagrożenie wejściem na rynek nowego uczestnika stanowi poważną presję konkurencyjną.

3.4.3.3. Bezpośrednie ograniczenie konkurencji między stronami

238. Porozumienie produkcyjne może bezpośrednio ograniczać konkurencję między stronami na różne sposoby. Na przykład:

a) Strony wspólnego przedsiębiorcy produkcyjnego mogą uzgodnić, że ograniczą produkcję wspólnego przedsiębiorcy w porównaniu z produkcją produktów, które strony wprowadziłyby do obrotu, gdyby każda z nich decydowała o tym niezależnie.

b) Jeśli porozumienie produkcyjne będzie określało główne cechy produktu, może to również wyeliminować konkurencję między stronami w zakresie kluczowych parametrów (na przykład jakości lub asortymentu produktów lub innowacji), niezależnie od tego, czy porozumienie obejmuje również wspólną dystrybucję. Jest to szczególnie istotne w branżach, w których produkcja stanowi główną działalność gospodarczą, takich jak przemysł wytwórczy lub przetwórstwo spożywcze.

c) Nakładanie przez wspólnego przedsiębiorcę wysokich cen transferowych na strony mogłoby zwiększyć ich koszty produkcji, co z kolei mogłoby spowodować wzrost cen na rynku niższego szczebla. Konkurenci będący osobami trzecimi mogą uznać za opłacalne podniesienie swoich cen, przyczyniając się w ten sposób do wzrostu cen na rynku właściwym.

239. Ogólnie rzecz biorąc, porozumienia produkcyjne, które przewidują również wspólną dystrybucję (tj. wspólną sprzedaż produktów), są obciążone większym ryzykiem wywołania skutków ograniczających niż porozumienia ograniczone do produkcji. Wspólna dystrybucja zbliża współpracę do poziomu konsumenta i obejmuje często wspólne ustalanie cen i sprzedaży, tj. praktyki, które są obciążone największym ryzykiem dla konkurencji.

3.4.3.4. Zmowa i antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku

240. Prawdopodobieństwo powstania zmowy lub antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku zależy od władzy rynkowej stron, a także cech rynku właściwego. Zdolność stron do osiągnięcia zmowy lub antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku może się również zwiększyć między innymi przez uwspólnienie kosztów lub wymianę informacji będących skutkiem porozumienia produkcyjnego.

a) Stopień uwspólnienia kosztów

241. Jeżeli co najmniej jedna ze stron porozumienia produkcyjnego ma władzę rynkową, a porozumienie zwiększa stopień uwspólnienia kosztów stron do znacznego poziomu, może to zwiększyć zdolność stron do osiągnięcia zmowy cenowej (w tym stosowania wyższych cen za produkty pośrednie w celu zamknięcia dostępu do rynku dla konkurentów będących osobami trzecimi na rynkach niższego szczebla).

242. Stopień uwspólnienia kosztów odnosi się do proporcji kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron porozumienia. Istotnymi kosztami są koszty zmienne produktów, które są przedmiotem konkurencji między stronami porozumienia produkcyjnego. Istnieje zatem mniejsze prawdopodobieństwo, że porozumienie zwiększy stopień uwspólnienia kosztów, jeżeli współpraca dotyczy produktów, które wymagają kosztownej komercjalizacji (np. nowe lub różnorodne produkty, których wprowadzenie do obrotu wiąże się ze znacznymi kosztami), lub produktów o wysokich kosztach transportu, a współpraca nie obejmuje wspólnej dystrybucji tych produktów.

243. Większy stopień uwspólnienia kosztów może również zwiększyć zdolność stron do osiągnięcia zmowy na rynkach niższego szczebla. Sytuacja taka może wystąpić na przykład w sytuacjach, w których porozumienie produkcyjne dotyczy produktu pośredniego odpowiadającego za znaczną część kosztów zmiennych produktu końcowego, który jest przedmiotem konkurencji stron na rynku niższego szczebla. W takim przypadku strony mogą wykorzystać porozumienie produkcyjne do podniesienia ceny produktu pośredniego i tym samym spowodować wzrost cen końcowych ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ W tym poprzez podwyższenie ceny za produkt pośredni stosowanej przez strony wobec konkurentów będących osobami trzecimi na rynku niższego szczebla, którzy są uzależnieni od stron w zakresie dostaw produktu pośredniego.

b) *Wymiana informacji*

244. Wdrożenie porozumienia produkcyjnego może wymagać wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych, na przykład na temat kosztów produkcji i procesów produkcyjnych. W przypadku gdy porozumienie produkcyjne nie jest objęte zakazem określonym w art. 101 ust. 1 z uwagi na to, że ma ono neutralne lub pozytywne skutki dla konkurencji, wymiana informacji, która ma charakter dodatkowy w stosunku do tego porozumienia, również nie jest objęta tym zakazem ⁽¹⁷¹⁾. Jest tak w przypadku, gdy wymiana informacji jest obiektywnie konieczna do realizacji porozumienia produkcyjnego i jest proporcjonalna do jego celów ⁽¹⁷²⁾. Na przykład wymiana informacji na temat wielkości i cen sprzedaży może być konieczna do realizacji porozumienia produkcyjnego, które przewiduje wspólną dystrybucję, ale zasadniczo nie będzie konieczna, jeżeli porozumienie nie przewiduje wspólnej dystrybucji.
245. Jeżeli wymiana informacji wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji porozumienia produkcyjnego, lub nie jest proporcjonalna do jego celów, wówczas musi być oceniana zgodnie z wytycznymi podanymi w rozdziale 6 ⁽¹⁷³⁾. Jeżeli wymiana informacji jest objęta zakresem art. 101 ust. 1, może ona nadal spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3.

3.5. **Indywidualna ocena porozumień produkcyjnych na podstawie art. 101 ust. 3**

246. Jeżeli porozumienie produkcyjne ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 ⁽¹⁷⁴⁾ i nie spełnia warunków wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych ⁽¹⁷⁵⁾, należy ocenić, czy dane porozumienie spełnia cztery łączne warunki określone w art. 101 ust. 3, które opisano w sekcji 1.2.7. Przy stosowaniu tych warunków do porozumień produkcyjnych istotne są poniżej przedstawione czynniki.

3.5.1. *Przyrost wydajności*

247. Porozumienie produkcyjne musi przyczyniać się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego.
248. Porozumienia produkcyjne mogą generować przyrost wydajności, przykładowo poprzez:
- a) umożliwienie przedsiębiorstwom zaoszczędzenia kosztów, które w przeciwnym razie zostałyby powielone;
 - b) wspieranie przedsiębiorstw w dążeniu do poprawy jakości produktów przez łączenie uzupełniających się umiejętności i know-how;
 - c) umożliwienie przedsiębiorstwom zwiększenia zróżnicowania produktów, co w innym przypadku byłoby niemożliwe ze względu na koszty lub inne czynniki;
 - d) umożliwienie przedsiębiorstwom ulepszenia swoich technologii produkcyjnych lub wprowadzenia nowych produktów (takich jak zrównoważone produkty), czego w przeciwnym razie nie mogłyby zrobić (na przykład z uwagi na ograniczone możliwości techniczne);
 - e) zachęcanie przedsiębiorstw do dostosowywania swoich zdolności produkcyjnych do niespodziewanego, gwałtownego wzrostu popytu lub niespodziewanego, gwałtownego spadku podaży określonych produktów, co może skutkować wystąpieniem braków, i zapewnianie im możliwości takiego dostosowywania zdolności produkcyjnych;
 - f) zapewnienie przedsiębiorstwom możliwości prowadzenia produkcji po niższych kosztach, w przypadkach, w których współpraca umożliwia im zwiększanie produkcji i w których koszty krańcowe maleją wraz ze wzrostem produkcji, tj. zapewnienie osiągnięcia korzyści skali;
 - g) zapewnienie oszczędności kosztów wynikającej z korzyści zakresu, jeżeli porozumienie umożliwia stronom zwiększenie liczby różnych typów produktów przez nie produkowanych.

⁽¹⁷¹⁾ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard /Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89.

⁽¹⁷²⁾ Zob. również sekcja 1.2.6 i pkt 369.

⁽¹⁷³⁾ Zob. także pkt 6.

⁽¹⁷⁴⁾ Zob. sekcja 3.4.

⁽¹⁷⁵⁾ Zob. sekcja 3.3.

249. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego. Na przykład porozumienie produkcyjne może zwiększyć odporność poprzez przeniesienie produkcji na obszary położone bliżej zrównoważonych źródeł energii.

3.5.2. *Niezbędność*

250. Porozumienie produkcyjne nie może nakładać ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności w rozumieniu art. 101 ust. 3.

251. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności wynikającego z porozumienia produkcyjnego, nie spełniają warunków 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 zostaną uznane za niezbędne. Podobnie za niezbędne nie zostanie uznane wspólne ustalanie cen, jeżeli porozumienie produkcyjne nie przewiduje wspólnej dystrybucji.

3.5.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*

252. Porozumienie produkcyjne musi umożliwiać konsumentom uzyskanie słusznej części zysku. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję, na przykład w postaci niższych cen, lepszej jakości lub większego zróżnicowania produktów.

253. 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 warunki określone w art. 101 ust. 3 są spełnione.

254. Istnieje większe prawdopodobieństwo, że na konsumentów zostaną przeniesione oszczędności w kosztach zmiennych, a nie oszczędności w kosztach stałych⁽¹⁷⁶⁾.

255. Ponadto im większy jest poziom władzy rynkowej stron, tym mniej prawdopodobne będzie przeniesienie przez nie przyrostu wydajności na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

3.5.4. *Nieeliminowanie konkurencji*

256. Porozumienie produkcyjne nie może dawać stronom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

257. Powyższy warunek należy ocenić w odniesieniu do rynku właściwego, do którego należą produkty objęte porozumieniem, oraz w odniesieniu do wszelkich rynków dotkniętych skutkami ubocznymi, na których porozumienie wywołuje skutki ograniczające.

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

258. Niniejsza sekcja zawiera wskazówki dotyczące oceny wpływu na konkurencję porozumienia produkcyjnego szczególnego rodzaju: porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej⁽¹⁷⁷⁾ (zwanych w niniejszej sekcji „porozumieniami w sprawie wspólnego korzystania z sieci”). Są to porozumienia, na mocy których operatorzy łączności ruchomej wspólnie korzystają z części swojej infrastruktury sieciowej oraz dzielą koszty operacyjne i koszty późniejszych modernizacji i utrzymania⁽¹⁷⁸⁾. Sieci łączności są szczególnie ważne dla rozwoju gospodarki cyfrowej i społeczeństwa cyfrowego oraz istotne dla niemal wszystkich przedsiębiorstw i konsumentów. Operatorzy łączności ruchomej często łączą swoje zasoby, aby oferować usługi łączności ruchomej w sposób bardziej opłacalny.

⁽¹⁷⁶⁾ Zob. pkt 98 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

⁽¹⁷⁷⁾ W tym kontekście należy odnotować, że pojęcie „infrastruktura telefonii ruchomej” stosowane w niniejszej sekcji dotyczy wykorzystywania infrastruktury nie tylko na potrzeby usług łączności ruchomej, takich jak mobilne usługi szerokopasmowe, ale również w celu zapewniania bezprzewodowego dostępu do konkretnej lokalizacji np. w formie stałego dostępu bezprzewodowego, który jest wykorzystywany jako rozwiązanie alternatywne wobec połączeń przewodowych.

⁽¹⁷⁸⁾ Wskazówki zawarte w niniejszej sekcji obejmują porozumienia dotyczące wspólnego uruchamiania infrastruktury przez operatorów łączności ruchomej. Niniejsza sekcja nie obejmuje porozumień dotyczących dostarczania produktów hurtowego dostępu do telekomunikacji ruchomej.

259. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci mogą przewidywać udostępnianie podstawowej infrastruktury na miejscu, takiej jak maszty, szafki uliczne, anteny lub źródła zasilania („współdzielenie bierne” lub „współdzielenie obiektów”). Operatorzy łączności ruchomej mogą również udostępniać sprzęt związany z siecią dostępu radiowego („RAN”) w obiektach, takich jak stacje przekaźnikowe lub węzły sterowania („współdzielenie aktywne” lub „współdzielenie RAN”) lub swoje widmo, np. pasma częstotliwości („współdzielenie widma”) ⁽¹⁷⁹⁾. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci mogą obejmować segmentację geograficzną, w ramach której operatorzy łączności ruchomej dzielą się odpowiedzialnością za instalację, konserwację i obsługę infrastruktury i sprzętu na swoich terytoriach.
260. Komisja uznaje, że porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci mogą przynieść korzyści w postaci obniżenia kosztów oraz poprawy jakości i wyboru. Na przykład obniżenie kosztów związanych z wdrażaniem i konserwacją może przynieść konsumentom korzyści w postaci niższych cen lub większych inwestycji w infrastrukturę. Podobnie szybsze wdrażanie nowych sieci i technologii, szerszy zasięg lub większe zagęszczenie sieci mogą prowadzić do poprawy jakości usług oraz do większej różnorodności produktów i usług. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci mogą również stworzyć warunki sprzyjające konkurencji w obszarach, które w przeciwnym wypadku nie byłyby konkurencyjne ⁽¹⁸⁰⁾. Komisja stwierdziła również, że porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci umożliwiają operatorom łączności ruchomej uzyskanie dostępu do większych, sprawniej działających sieci ⁽¹⁸¹⁾ bez konieczności konsolidacji w drodze połączeń.
261. W opinii Komisji porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci, uwzględniając współdzielenie widma, co do zasady nie ograniczają konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1, chyba że stanowią narzędzie służące utworzeniu kartelu.
262. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci mogą jednak powodować skutki ograniczające konkurencję. Porozumienia te mogą ograniczać konkurencję w zakresie infrastruktury, która miałaby miejsce w przypadku niezawarcia danego porozumienia ⁽¹⁸²⁾. Mniejsza konkurencja w zakresie infrastruktury może z kolei ograniczać konkurencję w zakresie świadczenia usług łączności ruchomej zarówno na poziomie hurtowym, jak i na poziomie detalicznym. Wynika to z faktu, że bardziej ograniczona konkurencja na poziomie infrastrukturalnym może wywrzeć wpływ na parametry konkurencji, takie jak liczba, położenie i moc zainstalowana obiektów infrastruktury, dostępność połączeń dosyłowych ⁽¹⁸³⁾ dla obiektów, w których strony porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci umieszczają wspólnie swoje urządzenia łączności ruchomej, harmonogram uruchamiania nowych obiektów, a także wielkość mocy dostępna w poszczególnych obiektach ⁽¹⁸⁴⁾, co z kolei może wpłynąć na jakość świadczonych usług i poziom cen na poziomie hurtowym i detalicznym.
263. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci mogą również ograniczać niezależność stron w podejmowaniu decyzji oraz osłabiać ich zdolność lub motywację do konkurowania ze sobą w dziedzinie infrastruktury. To z kolei może zmniejszyć elastyczność stron w zakresie innowacji i różnicowania technologii/produktów na hurtowych i detalicznych rynkach telefonii ruchomej, a tym samym ograniczyć konkurencję między nimi ⁽¹⁸⁵⁾. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej – ze względu na

⁽¹⁷⁹⁾ Operatorzy łączności ruchomej mogą być również zaangażowani w inne rodzaje wspólnego korzystania: poza udostępnianiem części swojej sieci związanej z RAN mogą również udostępniać niektóre węzły swojej sieci bazowej, takie jak cyfrowe centrale telefoniczne i MME.

⁽¹⁸⁰⁾ Na przykład współdzielenie infrastruktury telefonii ruchomej może doprowadzić do powstania konkurencji na poziomie detalicznym, która nie istniałaby w braku odpowiedniego porozumienia. Zob. na zasadzie analogii wyrok z dnia 2 maja 2006 r., O2 (Germany)/Komisja, T-328/03, EU:T:2006:116, pkt 77–79. Choć przywołany wyrok odnosi się do porozumień dotyczących roamingu krajowego, ustanowione w nim zasady można stosować odpowiednio do porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej.

⁽¹⁸¹⁾ W ramach regulacyjnych dotyczących łączności elektronicznej organom państw członkowskich umożliwiono nakładanie na operatorów sieci obowiązku współdzielenia infrastruktury w określonych okolicznościach, na przykład na obszarach geograficznych, na których istnieją niemożliwe do pokonania ekonomiczne lub fizyczne bariery dla powielania elementów infrastruktury, a użytkownicy końcowi są narażeni na ryzyko braku dostępu do łączności cyfrowej. Zob. art. 61 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona) („Europejski kodeks łączności elektronicznej”) (Dz.U. L 321 z 17.12.2018, s. 36). Zob. również zalecenie Komisji (UE) 2020/1307 z dnia 18 września 2020 r. w sprawie wspólnego unijnego zestawu narzędzi służących zmniejszeniu kosztów wprowadzania sieci o bardzo dużej przepustowości oraz zapewnieniu terminowego i sprzyjającego inwestycjom dostępu do widma radiowego 5G, aby wspierać łączność z myślą o odbudowie gospodarki po kryzysie związanym z COVID-19 w Unii. W zaleceniu podkreślono, że „[s]ieci 5G wymagają rozmieszczenia znacznie gęstszej sieci nadajników w pasmach wyższych częstotliwości w porównaniu z technologiami poprzednich generacji. Współużytkowanie infrastruktury pasywnej i aktywnej oraz uruchamianie wspólnie infrastruktury bezprzewodowej może zmniejszyć koszty takiego wprowadzania (w tym koszty przystosowe) [...], a tym samym zwiększyć tempo tego procesu, sprzyjać większemu zasięgowi sieci oraz umożliwić skuteczniejsze i efektywniejsze wykorzystanie widma radiowego z korzyścią dla konsumentów. Właściwe organy powinny zatem pozytywnie traktować to rozwiązanie, w szczególności na obszarach o ograniczonej rentowności ekonomicznej”, zob. motyw 26 i pkt 20 lit. f) (Dz.U. L 305 z 21.9.2020, s. 33).

⁽¹⁸²⁾ Konkurencja, o którą chodzi, należy rozumieć tak, jak rzeczywiście by ona wyglądała, gdyby nie było danego porozumienia, przy czym zakłócenie konkurencji może być podane w wątpliwość zwłaszcza wtedy, gdy porozumienie jest niezbędne do penetracji przez przedsiębiorstwo nowej strefy. Zob. wyrok z dnia 2 maja 2006 r., O2 (Germany)/Komisja, T-328/03, pkt 68.

⁽¹⁸³⁾ Połączenia dosyłowe łączą szkielet sieci z bardziej peryferyjnymi częściami sieci.

⁽¹⁸⁴⁾ Ograniczenia w mocy zainstalowanej wraz z ograniczeniami wynikającymi ze współdzielonej sieci dosyłowej mogą mieć na przykład bezpośredni wpływ na świadczenie usług hurtowych dla wirtualnych operatorów sieci ruchomej oraz usług roamingu (międzynarodowego i krajowego).

⁽¹⁸⁵⁾ Decyzja Komisji z dnia 11 lipca 2022 r., Network sharing – Republika Czeska, AT.40305, motyw 89.

ich wpływ na strukturę rynku – mogą zatem wyrządzać szkodę konsumentom końcowym, prowadząc do mniejszego wyboru, niższej jakości usług oraz opóźnień w zakresie innowacji⁽¹⁸⁶⁾. Może to nastąpić za sprawą określonych postanowień o charakterze technicznym⁽¹⁸⁷⁾, umownym⁽¹⁸⁸⁾ lub finansowym zawartych w porozumieniu⁽¹⁸⁹⁾. Jeżeli strony porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci są konkurentami, problemy w zakresie konkurencji może również stwarzać wymiana między nimi szczególnie chronionych informacji handlowych, jeżeli wymiana ta wykracza poza to, co jest obiektywnie niezbędne i proporcjonalne do realizacji porozumienia.

264. Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci zawsze wymagają indywidualnej oceny na podstawie art. 101⁽¹⁹⁰⁾. W zależności od okoliczności sprawy przy ocenie mogą być istotne niektóre lub wszystkie z następujących czynników:
- charakter i intensywność współdzielenia (uwzględniając stopień niezależności, jaki zachowali operatorzy sieci telekomunikacyjnej)⁽¹⁹¹⁾;
 - zakres współdzielonych usług i współdzielonych technologii, cel współdzielenia (widma), okres obowiązywania porozumień oraz struktura współpracy ustanowiona na podstawie porozumień;
 - zasięg geograficzny i rynkowy porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z sieci (na przykład stopień pokrycia populacji oraz to, czy porozumienie dotyczy gęsto zaludnionych obszarów)⁽¹⁹²⁾;
 - charakterystyka i struktura rynku właściwego (udziały stron w rynku, część widma, jaką dysponują strony, bliskość konkurencji między stronami, liczba operatorów nieobjętych porozumieniem oraz skala wywieranej przez nich presji konkurencyjnej, bariery wejścia, porozumienia z osobami trzecimi (takimi jak właściciele komponentów infrastruktury sieciowej lub usługodawcy będący osobami trzecimi, np. wykonawcy usług konserwacji masztów));
 - liczba porozumień w sprawie wspólnego korzystania z sieci na rynku właściwym oraz liczba i tożsamość uczestniczących operatorów sieci.
265. Chociaż zawsze wymagana będzie indywidualna ocena każdego przypadku na podstawie powyższych czynników, Komisja uważa, że aby na pierwszy rzut oka nie uznano, że porozumienie w sprawie wspólnego korzystania z sieci może mieć skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, porozumienie takie musi spełniać co najmniej następujące warunki:
- każdy z uczestniczących operatorów kontroluje i obsługuje swoją własną sieć bazową i nie ma żadnych technicznych, umownych, finansowych ani innych czynników zniechęcających, które uniemożliwiłyby każdemu z operatorów jednostronne przeprowadzanie dowolnej rozbudowy i modernizacji infrastruktury;
 - uczestniczący operatorzy prowadzą samodzielną działalność detaliczną i hurtową (niezależność w podejmowaniu decyzji w kwestiach technicznych i komercyjnych). Wspomniana niezależność obejmuje swobodę w zakresie ustalania cen za oferowane przez siebie usługi, określania parametrów produktu/pakietu i różnicowania swoich usług pod względem jakości oraz innych parametrów;
 - uczestniczący operatorzy zachowują zdolność do realizowania niezależnych strategii dotyczących widma⁽¹⁹³⁾;
 - uczestniczący operatorzy nie wymieniają szczególnie chronionych informacji handlowych innych niż informacje, które są absolutnie konieczne do funkcjonowania wspólnego korzystania z infrastruktury ruchomej, a w stosownych przypadkach zostały wprowadzone bariery utrudniające wymianę informacji.

⁽¹⁸⁶⁾ Decyzja Komisji z dnia 11 lipca 2022 r., Network sharing – Republika Czeska, AT.40305, motyw 89.

⁽¹⁸⁷⁾ Porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej mogą prowadzić do sytuacji, w których jedna ze stron ogranicza swobodę działania drugiej strony: na przykład gdy infrastruktura sieci ruchomej obsługiwana przez jedną stronę na określonym obszarze nie obsługuje określonej technologii, którą druga strona korzystająca z tej infrastruktury na tym obszarze chciałaby wprowadzić. Zob. również decyzja Komisji z dnia 11 lipca 2022 r., Network sharing – Republika Czeska, AT.40305, sekcja 4.4.1, motywy 91 i 106.

⁽¹⁸⁸⁾ Na przykład jeżeli dwie strony uzgodnią podział geograficzny (w ramach którego (i) strona A jest operatorem sieci dla obszaru geograficznego A, a strona B jest operatorem sieci dla obszaru B; (ii) obie strony nadal prowadzą działalność i są konkurentami na obszarze obsługiwany przez drugą stronę; natomiast (iii) operator sieci obsługujący dany obszar jest odpowiedzialny za decyzje inwestycyjne w imieniu obu operatorów obsługujących ten obszar), a na mocy porozumienia przyznano operatorowi sieci prawo do odmowy realizacji rozbudowy sieci, o którą wnioskuje druga strona.

⁽¹⁸⁹⁾ Na przykład w przypadku podziału według kryterium geograficznego, jeżeli jedna ze stron obciąża drugą stronę kosztami modernizacji sieci, a wysokość tych kosztów przekracza bazowe koszty przyrostowe.

⁽¹⁹⁰⁾ Wyrok z dnia 2 maja 2006 r., O2 (Germany)/Komisja, T-328/03, EU:T:2006:116, pkt 65–71.

⁽¹⁹¹⁾ Decyzja Komisji z dnia 16 lipca 2003 r., T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag, COMP/38.369, motyw 12; decyzja Komisji z dnia 30 kwietnia 2003 r., O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („brytyjskie porozumienie dotyczące współdzielenia sieci”), COMP/38.370, motyw 11.

⁽¹⁹²⁾ Zob. wspólne stanowisko Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) z dnia 13 czerwca 2019 r. w sprawie współdzielenia infrastruktury telefonii ruchomej, sekcja 4.2. Współdzielenie czynne.

⁽¹⁹³⁾ Takich jak na przykład niezależne nabywanie widma; niezależne decyzje dotyczące sposobu wykorzystania tego widma i wyboru pasm częstotliwości oraz ewentualne współdzielenie widma po jego nabyciu.

266. Ponadto przedstawiono następujące ogólne wskazówki dotyczące poszczególnych rodzajów porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej⁽¹⁹⁴⁾:
- a) prawdopodobieństwo, że porozumienia w sprawie współdzielenia biernego⁽¹⁹⁵⁾ wywołają skutki ograniczające konkurencję, jest niewielkie, pod warunkiem że (i) operatorzy sieci zachowają odpowiednio duży stopień niezależności i elastyczności w kształtowaniu swojej strategii handlowej, określaniu cech swoich usług i realizowaniu swoich inwestycji sieciowych oraz że (ii) dostęp do infrastruktury pasywnej na rynku właściwym nie będzie ograniczony (w tym względzie istotnymi czynnikami, które należy uwzględnić, są na przykład zobowiązania regulacyjne lub istniejące porozumienia handlowe ograniczające taki dostęp);
 - b) ryzyko wywołania skutków ograniczających konkurencję jest większe w przypadku porozumień dotyczących współdzielenia aktywnego⁽¹⁹⁶⁾. Wynika to z faktu, że – w porównaniu ze współdzieleniem biernym – współdzielenie aktywne wymaga na ogół ściślejszej współpracy w kwestiach dotyczących poszczególnych komponentów sieci, które najprawdopodobniej będą wywierały wpływ nie tylko na zasięg, lecz także na zdolność samodzielnego rozbudowywania zdolności;
 - c) porozumienia dotyczące współdzielenia widma (określane również jako „łączenie widm”) wiążą się z jeszcze szerszą zakrojoną formą współpracy i mogą w jeszcze większym stopniu ograniczać zdolność stron do rozróżniania ich ofert detalicznych lub hurtowych, prowadząc do bezpośredniego ograniczenia konkurencji między nimi⁽¹⁹⁷⁾. Organy regulacyjne mogą co prawda przy przyznawaniu praw do korzystania z widma radiowego zezwolić na współdzielenie widma radiowego⁽¹⁹⁸⁾, ale porozumienia te wymagają bardziej starannej oceny na podstawie art. 101 niż inne formy współdzielenia sieci⁽¹⁹⁹⁾.

3.7. Przykłady

267. Bezpośrednie ograniczenie konkurencji

Przykład 1

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

⁽¹⁹⁴⁾ W zależności od rozwoju odpowiedniej technologii (RAN) w czasie to rozróżnienie między współdzieleniem biernym, współdzieleniem aktywnym i współdzieleniem widma może stać się mniej istotne w przypadku przyszłych porozumień w sprawie wspólnego korzystania z sieci. Zasady przedstawione w niniejszym punkcie prawdopodobnie pozostaną jednak istotne dla oceny przyszłych porozumień w sprawie wspólnego korzystania z sieci w zależności również od roli, jaką w przyszłości będą odgrywać komponenty sprzętowe technologii (RAN) pod względem zróżnicowania. Na przykład wdrażania sieci 5G. Ponadto mniejsze zróżnicowanie na poziomie komponentów sprzętowych sieci RAN, natomiast większe zróżnicowanie na poziomie oprogramowania.

⁽¹⁹⁵⁾ Zob. pkt 259.

⁽¹⁹⁶⁾ Zob. pkt 259.

⁽¹⁹⁷⁾ W tym miejscu należy podkreślić, że pojęcie „współdzielenia widma” stosowane w niniejszej sekcji odnosi się wyłącznie do rodzaju porozumienia dotyczącego współdzielenia infrastruktury, na podstawie którego co najmniej dwóch konkurujących operatorów sieci telekomunikacyjnej wykorzystuje w charakterze wspólnego zasobu (tj. „łączy”) odpowiednie elementy swojej infrastruktury związane z widmem radiowym w ramach co najmniej jednego pasma częstotliwości. Zawarte w niniejszej sekcji wytyczne dotyczące współdzielenia widma w ramach takich porozumień pozostają bez uszczerbku dla innych rodzajów współdzielenia widma, np. między podmiotami niebędącymi konkurentami (w tym między operatorami sieci ruchomej i operatorami sieci innej niż ruchoma), którzy korzystają z tych samych pasm częstotliwości w dynamiczny sposób, sprzyjając tym samym efektywnemu wykorzystywaniu tego rzadkiego zasobu i stwarzając nowe możliwości w zakresie wdrażania sieci 5G. Ponadto pojęcia „współdzielenia widma” stosowanego w niniejszej sekcji nie należy mylić z tzw. dynamicznym współdzieleniem widma będącym technologią umożliwiającą dynamiczne przydzielanie zasobów widma operatorowi sieci ruchomej w określonym paśmie częstotliwości, aby zapewnić możliwość jednoczesnego korzystania z więcej niż jednej generacji technologii ruchomej, tj. 3G, 4G i 5G, w danym paśmie częstotliwości.

⁽¹⁹⁸⁾ Art. 47 ust. 2 Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej. Ponadto właściwe organy, obwarowując warunkami indywidualne prawa użytkownika widma radiowego, mogą zezwolić na: a) współużytkowanie infrastruktury pasywnej lub aktywnej, która opiera się na widmie radiowym, lub współdzielenie widma radiowego; b) zawieranie komercyjnych umów dostępu do usług roamingu; c) wspólne uruchamianie infrastruktury na potrzeby świadczenia usług lub udostępniania sieci, które uzależnione są od wykorzystania widma radiowego.

⁽¹⁹⁹⁾ Na przykład w przypadku porozumienia w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej zawartego między dwoma operatorami sieci ruchomej, którzy mają łącznie wysoki udział w rynku i których usługi są świadczone na znacznej części terytorium państwa członkowskiego, istnieje większe prawdopodobieństwo, że podjęcie przez tych operatorów decyzji o współdzieleniu widma doprowadzi do wszczęcia szczegółowego dochodzenia. W określonych okolicznościach (na przykład w sytuacji, w której zakres porozumienia ogranicza się wyłącznie do słabo zaludnionych obszarów) takie porozumienia nie muszą jednak wywoływać skutków ograniczających.

Analiza:

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

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1: Jeżeli wspólny przedsiębiorca powoduje, że przedsiębiorstwa A i B dzielą większość swoich kosztów zmiennych związanych z produktem X, prawdopodobnie ogranicza on bezpośrednio konkurencję między nimi. Istnienie wspólnego przedsiębiorcy może również skłaniać strony do ograniczenia swojej produkcji produktu X w porównaniu z ilością produktów, które strony wprowadziłyby do obrotu, gdyby każda ze nich decydowała o tym niezależnie. W świetle ograniczonych możliwości konkurentów w zakresie mocy produkcyjnych to ograniczenie produkcji może prowadzić do wzrostu cen.

Prawdopodobne jest zatem, że wspólny przedsiębiorca produkcyjny ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 na rynku produktu X.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 3: Zastąpienie dwóch mniejszych starych zakładów produkcyjnych nowym zakładem może sprawić, że wspólny przedsiębiorca zwiększy produkcję przy niższych cenach z korzyścią dla konsumentów. Porozumienie produkcyjne będzie jednak spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3 jedynie w przypadku możliwości wykazania przez strony, że korzyści z przyrostu wydajności będą znaczne i prawdopodobne będzie ich przeniesienie na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję.

268. **Możliwość powstania zмовy i powiązania między konkurentami****Przykład 2**

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

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych: Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie ma zastosowania, ponieważ łączny udział stron w rynku właściwym produktu Y przekracza 20 %. W związku z tym konieczna jest indywidualna ocena porozumienia produkcyjnego.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1: Rynek cechuje niewielka liczba uczestników, którzy mają podobne udziały w rynku i podobne zmienne koszty produkcji. Wspólny przedsiębiorca utworzony przez przedsiębiorstwa A i B stworzy dodatkowe powiązanie między dostawcami na rynku, zwiększające *de facto* jego skoncentrowanie, ponieważ zaistnieje także powiązanie przedsiębiorstwa D z przedsiębiorstwami A i B. Taka współpraca może zwiększyć ryzyko powstania zмовy i w związku z tym ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 3: Warunki określone w art. 101 ust. 3 będą spełnione jedynie przy znacznym przyroście wydajności, z którego korzyści zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję. Niemniej w tym przykładzie, biorąc pod uwagę jednorodny charakter produktu Y i prostotę technologii, na której jest on oparty, wydaje się to mało prawdopodobne.

269. **Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku****Przykład 3**

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B zakładają wspólnego przedsiębiorcę produkcyjnego na potrzeby produktu pośredniego X, który pokryje całość produkcji tego produktu pośredniego. Produkt X jest kluczowym surowcem do produkcji produktu niższego szczebla Y i nie ma innego rodzaju produktów, które mogłyby zastąpić produkt pośredni X w tym celu. Koszty produkcji produktu pośredniego X stanowią 50 % kosztów zmiennych produktu końcowego Y, w odniesieniu do którego przedsiębiorstwa A i B konkurują również na rynku niższego szczebla. Zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B posiadają udział w rynku niższego szczebla produktu Y wynoszący 20 %. Możliwość wejścia na rynek niższego szczebla

jest ograniczona, a udziały w rynku nie zmieniają się w czasie. Oprócz pokrywania własnego zapotrzebowania na produkt X (produkcja na użytek własny) przedsiębiorstwa A i B mają udział w rynku produktu X wynoszący 30 % każde (sprzedaż na rzecz osób trzecich). Istnieją duże bariery wejścia na rynek produktu 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. Wspólny przedsiębiorca przynosi korzyści skali w postaci zmniejszenia kosztów stałych siedzib stron.

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych: Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie ma zastosowania, ponieważ łączny udział stron zarówno w rynku produktu pośredniego X, jak i w rynku produktu rynku niższego szczebla Y przekracza 20 %. W związku z tym konieczna jest indywidualna ocena porozumienia produkcyjnego.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1: W ramach wspólnego przedsiębiorcy produkcyjnego i w związku z wysokim łącznym udziałem przedsiębiorstw A i B w rynku wyższego szczebla produktu X przedsiębiorstwa te będą w stanie kontrolować w dużej mierze dostawy istotnego środka produkcji, jakim jest produkt pośredni X dla ich konkurentów na rynku niższego szczebla produktu Y. Prawdopodobnie umożliwi to przedsiębiorstwom A i B spowodowanie wzrostu kosztów ich konkurentów przez sztuczne podniesienie ceny produktu pośredniego 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 ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 3: Istnieje małe prawdopodobieństwo, że ograniczone do kosztów stałych korzyści skali wygenerowane przez wspólnego przedsiębiorcę produkcyjnego przewyższają skutki ograniczające konkurencję, w związku z czym porozumienie to prawdopodobnie nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3.

270. Porozumienie produkcyjne jako podział rynku

Przykład 4

Sytuacja: Zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B produkują produkty X i Y. Udział przedsiębiorstwa A w rynku produktu X wynosi 30 %, a w rynku produktu Y – 10 %. Udział przedsiębiorstwa B w rynku produktu X wynosi 10 %, a w rynku produktu Y – 30 %. Aby osiągnąć korzyści skali w produkcji, przedsiębiorstwa A i B zawierają porozumienie produkcyjne, na mocy którego przedsiębiorstwo A będzie produkować tylko produkt X, a przedsiębiorstwo B tylko produkt Y. Porozumienie nie przewiduje dokonywania przez strony wzajemnych dostaw produktów. W związku z tym zgodnie z porozumieniem przedsiębiorstwo A będzie sprzedawać tylko produkt X, a przedsiębiorstwo B tylko produkt Y. Strony twierdzą, że dzięki takiej specjalizacji poczynią znaczne oszczędności w zakresie kosztów stałych ze względu na korzyści skali, a skoncentrowanie się każdej ze stron wyłącznie na jednym produkcie umożliwi ulepszenie ich technologii produkcyjnych, co z kolei wpłynie na poprawę jakości produktów.

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych: Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie ma zastosowania, ponieważ łączny udział stron w rynku przekracza 20 % na każdym z rynków właściwych produktu X i Y. W każdym razie porozumienia nie można uznać za porozumienie o specjalizacji wzajemnej w rozumieniu definicji rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych, ponieważ strony nie uzgadniają, że będą dostarczać sobie wzajemnie produkty, których produkcji wzajemnie zaprzestają. W związku z tym konieczna jest indywidualna ocena porozumienia.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1: W ramach porozumienia przedsiębiorstwa A i B uzgadniają, że zaprzestaną produkcji (i sprzedaży) produktów, w odniesieniu do których są dla siebie konkurentami. Celem porozumienia jest zatem ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 3: Rzekomy przyrost wydajności będący wynikiem porozumienia (ograniczenie kosztów stałych i poprawa technologii produkcji) wiąże się z podziałem rynku, istnieje więc małe prawdopodobieństwo, że przewyższy on ograniczające skutki porozumienia, w związku z czym porozumienie nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3. Przeciwnie jeżeli przedsiębiorstwo A lub B uważa, że bardziej wydajne byłoby skoncentrowanie się tylko na jednym produkcie, mogłoby po prostu podjąć jednostronnie decyzję o produkowaniu tylko produktu X lub tylko produktu Y, bez uzgadniania z drugim przedsiębiorstwem, że tamto skoncentruje się na produkcji drugiego produktu.

271. Potencjalni konkurenci

Przykład 5

Sytuacja: Przedsiębiorstwo A produkuje produkt końcowy X, natomiast przedsiębiorstwo B – produkt końcowy Y. Produkty X i Y należą do odrębnych rynków produktowych, na których przedsiębiorstwo A i przedsiębiorstwo B mają władzę rynkową, przy czym ich indywidualne udziały w rynku przekraczają 20 %. Oba przedsiębiorstwa stosują produkt Z jako produkt wejściowy wykorzystywany przez nich do produkcji odpowiednio produktów X i Y oraz oba produkują produkt Z jedynie na użytek własny. Produkt X można produkować poprzez proste przetworzenie produktu Z; przedsiębiorstwo B poczyniło przygotowania do wejścia na rynek produktu X i wydaje się prawdopodobne, że wejdzie na ten rynek w przyszłym roku. Przedsiębiorstwa A i B uzgadniają, że będą razem produkować produkt Z, co pozwoli wygenerować niewielkie korzyści skali, a także uzgadniają, że zaprzestaną niezależnej produkcji produktu Z. W ramach zawartego porozumienia przedsiębiorstwo B zgadza się zrezygnować z wejścia na rynek produktu X przez okres kolejnych pięciu lat.

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych: Przepisy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie mają tu zastosowania z uwagi na to, że przekroczony jest próg udziału w rynku wynoszący 20 % na rynkach niższego szczebla produktów końcowych X i Y. Wspomniane rynki są istotne z punktu widzenia stosowania progu udziału w rynku, ponieważ produkt objęty porozumieniem produkcyjnym (produkt pośredni Z) jest wykorzystywany przez strony w charakterze produktu wejściowego w procesie produkcji produktów X i Y.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1: Przedsiębiorstwa A i B nie są rzeczywistymi konkurentami w odniesieniu do produktów X, Y ani Z. Biorąc jednak pod uwagę zamiar przedsiębiorstwa B wejścia na rynek produktu X w ciągu jednego roku, przedsiębiorstwo to należy uznać za potencjalnego konkurenta przedsiębiorstwa A na tym rynku. Oznacza to zatem, że porozumienie o wspólnej produkcji ogranicza konkurencję na rynku produktu X w rozumieniu art. 101 ust. 1 poprzez usunięcie przeszkody związanej z planowanym wejściem przedsiębiorstwa B na rynek.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 3: Warunki określone w art. 101 ust. 3 prawdopodobnie nie są spełnione, ponieważ przyrost wydajności w postaci korzyści skali generowanych przez porozumienie o wspólnej produkcji jest niewielki, a zatem najpewniej nie przeważałby nad ograniczającymi konkurencję skutkami tego porozumienia na rynku produktu X, na którym przedsiębiorstwo A dysponuje władzą rynkową.

272. Wymiana informacji

Przykład 6

Sytuacja: Zarówno przedsiębiorstwo A, jak i przedsiębiorstwo B produkują produkt chemiczny Z. Z jest jednolitym produktem wytwarzanym zgodnie z normą europejską, w której zabrania się modyfikowania produktu. W przypadku Z koszty produkcji stanowią istotny czynnik kosztowy. Na ogólnounijnym rynku produktu Z przedsiębiorstwo A posiada udział w rynku wynoszący 20 %, a przedsiębiorstwo B – 25 %. Na tym samym rynku działalność prowadzi również czterech innych producentów, których udziały kształtują się odpowiednio na poziomie 20 %, 15 %, 10 % i 10 %. Zakład produkcyjny przedsiębiorstwa A znajduje się w państwie członkowskim X w Europie Północnej, a zakład produkcyjny przedsiębiorstwa B w państwie członkowskim Y w Europie Południowej. Mimo że większość klientów przedsiębiorstwa A znajduje się w Europie Północnej, przedsiębiorstwo to ma także wielu klientów w Europie Południowej. Większość klientów przedsiębiorstwa B znajduje się w Europie Południowej, ale przedsiębiorstwo to ma także wielu klientów w Europie Północnej. Obecnie przedsiębiorstwo A dostarcza swoim klientom z Europy Południowej produkt Z, który produkuje w zakładzie produkcyjnym w leżącym na północy 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 leżącym na południu państwie członkowskim Y, a następnie przewozi na północ także samochodami ciężarowymi. Koszty transportu są dość wysokie, ale nie w takim stopniu, by dostawy przedsiębiorstwa A do Europy Południowej lub dostawy przedsiębiorstwa B do Europy Północnej były nierentowne.

Przedsiębiorstwa A i B decydują, że bardziej wydajnym rozwiązaniem byłoby zaprzestanie transportu produktu Z przez przedsiębiorstwo A z państwa członkowskiego X do Europy Południowej oraz przez przedsiębiorstwo B z państwa członkowskiego Y do Europy Północnej. Oba przedsiębiorstwa chcą jednak utrzymać swoich obecnych klientów. W tym celu przedsiębiorstwa A i B planują zawrzeć umowę swapową, pozwalającą im na zakup uzgodnionej rocznej ilości produktu Z z zakładu drugiej ze stron w celu jego sprzedaży własnym klientom znajdującym się bliżej zakładu drugiej strony. Aby obliczyć cenę

nabywania, 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 kosztów związanych z produktem Z (mianowicie kosztów produkcji i kosztów transportu).

Analiza:

Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych: Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących porozumień specjalizacyjnych nie ma zastosowania, ponieważ umowa swapowa nie odpowiada żadnemu z rodzajów porozumień objętych tym rozporządzeniem.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 1: Fakt, że przedsiębiorstwa A i B, będące konkurentami, dokonują wzajemnej wymiany części wyprodukowanych przez siebie towarów sam w sobie nie wywołuje problemów w zakresie konkurencji. Umowa stanowi jednak również, że strony będą się wymieniały informacjami na temat kosztów produkcji i kosztów transportu produktu Z, w odniesieniu do którego są dla siebie konkurentami. Wymiana informacji między konkurentami wykracza poza działania, które można uznać za konieczne do wdrażania umowy swapowej. Zważywszy na stosunkowo skoncentrowaną strukturę rynku, jednolity charakter produktu Z oraz fakt, że koszty produkcji i transportu stanowią ważny element łącznych kosztów związanych z produktem, a zatem należy uznać je za istotny parametr konkurencji, wymiana informacji mogłaby prowadzić do zмовy. Biorąc pod uwagę znaczne udziały stron w rynku, umowa prawdopodobnie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

Indywidualna ocena na podstawie art. 101 ust. 3: Choć umowa będzie generowała przyrost wydajności w postaci oszczędności kosztów dla stron, treść wymienianych informacji nie wydaje się być niezbędna do uzyskania 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 warunków określonych w art. 101 ust. 3.

4. POROZUMIENIA O ZAKUPACH

4.1. Wprowadzenie

273. W niniejszym rozdziale przedstawiono wskazówki odnoszące się do oceny porozumień dotyczących wspólnych zakupów produktów dokonywanych przez więcej niż jedno przedsiębiorstwo. Wspólne zakupy obejmują łączenie działań zakupowych i mogą być dokonywane w różny sposób, m.in. za pośrednictwem wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa, przez przedsiębiorstwo, w którym przedsiębiorstwa mają udziały mniejszościowe, przez spółdzielnię, w ramach porozumienia umownego lub w ramach swobodniejszych form współpracy, na przykład w ramach układu, w którym jeden przedstawiciel negocjuje lub zawiera porozumienia o zakupach w imieniu szeregu przedsiębiorstw (wszystkie te formy będą łącznie zwane „porozumieniami o wspólnych zakupach”).
274. Porozumienia o wspólnych zakupach są zawierane w różnych sektorach gospodarki. Mogą one regulować kwestie związane z dokonywaniem przez członków wspólnych zakupów lub mogą ograniczać się wyłącznie do wspólnego negocjowania z dostawcą cen zakupu, elementów ceny zakupu lub innych warunków, pozostawiając kwestię dokonywania samych transakcji zakupu w gestii poszczególnych stron, przy zastosowaniu wspólnie wynegocjowanych cen lub na wspólnie wynegocjowanych warunkach. Za każdym razem, gdy w niniejszym rozdziale jest mowa o dokonywaniu wspólnych zakupów, należy rozumieć przez to zarówno samo dokonywanie wspólnych zakupów, jak i prowadzenie wspólnych negocjacji dotyczących (elementów) cen zakupu lub innych warunków. Porozumienie o wspólnych zakupach może również obejmować podejmowanie dodatkowych działań, takich jak wspólny transport, wspólna kontrola jakości i wspólne magazynowanie, co pozwala uniknąć powielania kosztów dostawy. W zależności od sektora nabywcy mogą konsumować zakupione wspólnie produkty lub wykorzystywać je jako środki produkcji we własnej działalności, jak ma to miejsce w przypadku np. energii lub nawozów. Nabywcy mogą jednak także odsprzedawać produkty, jak ma to miejsce np. w przypadku dóbr szybko zbywalnych (takich jak żywność, środki czystości dla gospodarstwa domowego lub produkty higieny osobistej itp.) lub elektroniki użytkowej. Grupy niezależnych detalistów, sieci handlowych lub grup detalistów dokonujące wspólnych zakupów określa się często mianem „aliansów detalicznych”⁽²⁰⁰⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Zob. Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., *Retail alliances in the agricultural and food supply chain* [„Alianse detaliczne w łańcuchu dostaw produktów rolnych i żywności”], EUR 30206 EN, Komisja Europejska, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271. W tym sprawozdaniu sporządzonym na zlecenie Wspólnego Centrum Badawczego przedstawiono w szczególności typologię aliansów detalicznych (zob. sekcja 2.3., w której dokonano rozróżnienia między (i) grupami niezależnych detalistów, (ii) aliansami detalicznymi na szczeblu krajowym i (iii) aliansami detalicznymi na szczeblu międzynarodowym lub europejskim). W odróżnieniu od grup niezależnych detalistów aliance detaliczne na szczeblu krajowym i międzynarodowym zasadniczo nie dokonują wspólnych zakupów produktów od dostawców, tylko ograniczają się do negocjowania określonych warunków zakupu z producentami produktów markowych, takich jak np. udzielenie przez producenta dodatkowych rabatów w zamian za świadczenie przez detalistów określonych usług. Takie warunki obowiązują niezależnie od warunków uzgodnionych z poszczególnymi członkami aliansu.

275. Celem porozumień o wspólnych zakupach jest zazwyczaj stworzenie takiej siły nabywczej wobec dostawców, której poszczególni członkowie porozumienia o wspólnych zakupach mogliby nie osiągnąć, gdyby działali na własną rękę. Siła nabywcza porozumienia o wspólnych zakupach może prowadzić do niższych cen, większej różnorodności lub wyższej jakości produktów dla konsumentów. Porozumienie takie może również zapewnić członkom – w szczególności mniejszym przedsiębiorstwom – możliwość uzyskania lepszych warunków zakupu, a tym samym zachowania konkurencyjności na rynkach zbytu niższego szczebla w przypadku pojawienia się silnych konkurentów. Przedsiębiorstwa mogą również dokonywać wspólnych zakupów, aby zapobiegać niedoborom lub rozwiązywać problemy związane z przerwami w produkcji niektórych produktów, co pozwala uniknąć zakłóceń w funkcjonowaniu łańcucha dostaw. Dokonywanie wspólnych zakupów może jednak w pewnych okolicznościach powodować także problemy w zakresie konkurencji, jak określono w sekcji 4.2.3.
276. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą obejmować porozumienia horyzontalne i porozumienia wertykalne. W takich przypadkach należy przeprowadzić analizę dwuetapową. Najpierw porozumienia horyzontalne między konkurującymi przedsiębiorstwami uczestniczącymi we wspólnych zakupach lub decyzje podejmowane przez związek przedsiębiorstw dokonujących zakupów muszą być oceniane zgodnie z zasadami przedstawionymi w niniejszych wytycznych. Jeżeli ocena taka prowadzi do wniosku, że porozumienie o wspólnych zakupach nie wywołuje problemów w zakresie konkurencji, konieczne jest przeprowadzenie dalszej oceny w celu zbadania wszelkich porozumień wertykalnych między porozumieniem o wspólnych zakupach a jego poszczególnymi członkami i między porozumieniem o wspólnych zakupach a dostawcami. Tego rodzaju porozumienia wertykalne muszą zostać poddane ocenie przeprowadzanej zgodnie z VBER i wytycznymi wertykalnymi. Porozumienia wertykalne, które nie wchodzą w zakres VBER, nie są uznawane za niezgodne z prawem, ale wymagają przeprowadzenia indywidualnej oceny na podstawie art. 101.

4.2. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

4.2.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

277. Porozumienia o wspólnych zakupach zawierane między rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami mogą skutkować ograniczeniami konkurencji na rynkach zakupu wyższego szczebla lub rynkach zbytu niższego szczebla, takimi jak wzrost cen lub zmniejszenie produkcji, niższa jakość i mniejsze zróżnicowanie produktów, ograniczone innowacje, podział rynku lub antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku dla innych nabywców.

4.2.2. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel

278. Porozumienia o wspólnych zakupach zasadniczo nie stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jeżeli faktycznie dotyczą wspólnych zakupów, tj. jeżeli co najmniej dwóch nabywców wspólnie prowadzi negocjacje i zawiera porozumienie z danym dostawcą w odniesieniu do jednego lub większej liczby warunków handlowych, które regulują kwestie związane z dostarczaniem produktów współpracującym nabywcom.
279. Porozumienia o wspólnych zakupach należy odróżnić od karteli nabywców, których celem jest ograniczenie konkurencji na rynku wewnętrznym, co jest sprzeczne z art. 101 ust. 1⁽²⁰¹⁾. Kartele nabywców to porozumienia lub praktyki uzgodnione między co najmniej dwoma nabywcami, bez prowadzenia wspólnych negocjacji z dostawcą, które:
- koordynują podejmowane przez tych nabywców zachowania konkurencyjne na rynku zakupu lub wpływają na istotne parametry konkurencji między nimi poprzez stosowanie m.in. takich praktyk, jak ustalanie lub koordynowanie cen zakupu lub ich elementów (uwzględniając np. porozumienia o ustalaniu płac lub niepłaceniu określonej ceny za produkt), przydzielanie kontyngentów produkcji lub podział rynków i dostawców; lub
 - wpływają na indywidualne negocjacje tych nabywców z dostawcami lub ich indywidualne zakupy od dostawców, na przykład poprzez koordynację strategii negocjacji cenowych nabywców lub wymianę informacji na temat statusu takich negocjacji z dostawcami.
280. Jeżeli nabywcy mają indywidualne relacje z dostawcami (tj. nie prowadzą negocjacji z dostawcą wspólnie), muszą podejmować decyzje o zakupie niezależnie od siebie i nie mogą eliminować strategicznej niepewności między sobą dotyczącej swojego przyszłego zachowania na rynku poprzez zawieranie porozumień lub stosowanie uzgodnionych praktyk. Nabywcy nie mogą najpierw uzgadniać między sobą jednego lub większej liczby warunków zakupu (ceny, ilości, źródła dostaw, jakości ani innych parametrów konkurencji), zanim każdy z nich nie przystąpi do indywidualnych negocjacji z dostawcą i dokona u niego indywidualnych zakupów.

⁽²⁰¹⁾ Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., *Campine*, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, pkt 297; zob. także wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., *T-Mobile Netherlands i in.*, C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 37. wyrok z dnia 13 grudnia 2006 r. dotyczący francuskiej wołowiny, sprawy połączone T-217/03 i T-245/03, EU:T:2006:391, pkt 83 i nast.

281. Kartel nabywców może również istnieć, w przypadku gdy nabywcy zgodzą się na wymianę między sobą szczególnie chronionych informacji handlowych na temat swoich indywidualnych zamiarów zakupu lub swoich negocjacji z dostawcami, poza jakimkolwiek faktycznym porozumieniem o wspólnych zakupach, które miałyby charakter współdziałania zbiorowego z dostawcami w imieniu członków kartelu⁽²⁰²⁾. Dotyczy to w szczególności wymiany informacji między nabywcami odnośnie do cen zakupu, jakie będą oni skłonni zapłacić (ceny maksymalne, minimalne rabaty i inne aspekty cen), innych warunków zakupu, źródeł dostaw (zarówno pod względem dostawców, jak i terytoriów), wielkości i ilości, jakości lub innych parametrów konkurencji (np. harmonogramu, dostawy i innowacji).
282. Kartel nabywców jest sam w sobie na tyle szkodliwy dla konkurencji, że przeprowadzanie oceny wywieranych przez niego skutków nie jest konieczne. Dlatego też stanowi on ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1, o ile wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi. W związku z tym ocena karteli nabywców, w przeciwieństwie do porozumień o wspólnych zakupach, nie wymaga co do zasady określania rynków właściwych, uwzględniania pozycji rynkowej nabywców na rynku zakupu wyższego szczebla ani tego, czy konkurują oni na rynku zbytu niższego szczebla⁽²⁰³⁾. Wymienione poniżej czynniki zmniejszają prawdopodobieństwo, że porozumienie o zakupach zawarte między nabywcami będzie skutkowało powstaniem kartelu nabywców:
- a) porozumienie o wspólnych zakupach daje dostawcom w jasny sposób do zrozumienia, że negocjacje są prowadzone w imieniu członków tego porozumienia oraz że członkowie ci będą związani uzgodnionymi warunkami przy dokonywaniu swoich indywidualnych zakupów albo że zakupy będą dokonywane w ramach porozumienia o wspólnych zakupach w imieniu jego członków. Nie wiąże się to z koniecznością ujawniania przez porozumienie o wspólnych zakupach tożsamości swoich członków, w szczególności gdy są oni małymi lub średnimi przedsiębiorstwami lub gdy przypada na nich tylko niewielka część zakupów od dostawcy dokonywanych w ramach porozumienia o wspólnych zakupach. Dostawcy nie mają jednak obowiązku podejmowania kroków na rzecz potwierdzenia istnienia porozumienia o wspólnych zakupach, na przykład w oparciu o informacje przekazywane przez osoby trzecie lub doniesienia prasowe. W tym kontekście należy jednak podkreślić, że tajność nie jest warunkiem niezbędnym do stwierdzenia istnienia kartelu nabywców⁽²⁰⁴⁾;
 - b) członkowie porozumienia o wspólnych zakupach określili formę współpracy, jej zakres i funkcjonowanie w pisemnej umowie, tak by można było zweryfikować *ex post* jej zgodność z art. 101 i porównać ją z funkcjonowaniem porozumienia o wspólnych zakupach w praktyce. Pisemna umowa nie może jednak sama w sobie chronić porozumienia przed działaniami w zakresie egzekwowania prawa konkurencji.
283. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą również sprzyjać uczestnictwie w kartelu sprzedających lub służyć jako narzędzie ułatwiające uczestnictwo w takim kartelu, tj. porozumieniu między konkurentami służącemu ustalaniu cen, ograniczaniu produkcji lub podziałowi rynków bądź klientów na rynkach zbytu niższego szczebla. W takim przypadku porozumienie o wspólnych zakupach może zostać ocenione razem z kartelem działającym na rynku zbytu niższego szczebla.
284. Porozumienie o wspólnych zakupach, które ma na celu wykluczenie rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta z rynku zbytu niższego szczebla, jest formą bojkotu horyzontalnego i stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Bojkoty horyzontalne należy odróżnić od bojkotów wertykalnych, tj. od porozumień między nabywcami o niedokonywaniu zakupów od określonych dostawców na rynku wyższego szczebla. Choć bojkot wertykalny może w niektórych okolicznościach stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel, do takiej sytuacji dochodzi stosunkowo rzadko. Na przykład porozumienie między nabywcami o zaprzestaniu dokonywania zakupów od określonych dostawców ze względu na określone właściwości produktu, specyfikę procesów produkcji lub warunki pracy, na przykład z uwagi na fakt, że oferowane przez nich produkty nie mają zrównoważonego charakteru, a nabywcy są zainteresowani zakupem wyłącznie zrównoważonych produktów, nie ma na celu ograniczenia konkurencji. Dlatego też przy ocenianiu rzeczywistego lub prawdopodobnego wpływu bojkotów wertykalnych na konkurencję należy brać pod uwagę ich kontekst prawny i gospodarczy.

⁽²⁰²⁾ Zob. rozdział 6 dotyczący wymiany informacji, a w szczególności sekcja 6.2.6, która również dotyczy wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych między nabywcami.

⁽²⁰³⁾ Wszelkie ewentualne prokonkurencyjne skutki porozumienia muszą zostać należycie uwzględnione jako elementy kontekstu celem zakwalifikowania porozumienia jako ograniczenia ze względu na cel w zakresie, w jakim mogą one podważyć ogólną ocenę wystarczającego stopnia szkodliwości danego porozumienia dla konkurencji, zob. pkt 28.

⁽²⁰⁴⁾ Komisja nakładała już sankcje na kartele nabywców, które nie działały całkowicie w tajemnicy, a przynajmniej na początku funkcjonowały w stosunkowo przejrzysty sposób. Zob. decyzja Komisji 2003/600/WE z dnia 2 kwietnia 2003 r. w sprawie francuskiej wołowiny (Dz.U. L 209 z 19.8.2003, s. 12).

4.2.3. Skutki ograniczające konkurencję

285. Porozumienia o wspólnych zakupach, w ramach których nabywcy wspólnie wchodzi w interakcje z dostawcami za pośrednictwem porozumienia, należy oceniać pod kątem ich faktycznego i prawdopodobnego wpływu na konkurencję w ich kontekście prawnym i gospodarczym. Wspomniana ocena musi obejmować ewentualne skutki ograniczające zarówno dla rynków właściwych zakupu, tj. rynków, na których porozumienie o wspólnych zakupach wchodzi w interakcje z dostawcami, jak i dla rynków właściwych zbytu, tj. rynków, na których członkowie porozumienia o wspólnych zakupach mogą konkurować jako sprzedający. W ramach tej oceny Komisja porówna rzeczywiste lub prawdopodobne skutki zawarcia porozumienia o wspólnych zakupach dla rynków właściwych zakupu i zbytu z sytuacją, która miałaby miejsce w przypadku braku takiego porozumienia.
286. Zasadniczo prawdopodobieństwo tego, że porozumienia o wspólnych zakupach spowodują problemy w zakresie konkurencji jest mniejsze, jeżeli członkowie nie mają władzy rynkowej na odpowiednim(-ich) rynku(-ach) zbytu.
287. Niektóre ograniczenia, jakie porozumienie o wspólnych zakupach nakłada na swoich członków, mogą wykraczać poza zakres art. 101 ust. 1, jeżeli ograniczają się one tylko do tego, co jest obiektywnie niezbędne i proporcjonalne do zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania porozumienia i zapewnienia jego członkom możliwości wykorzystywania siły nabywczej względem dostawców⁽²⁰⁵⁾. Może to dotyczyć np. postanowienia zakazującego członkom przystępowania do konkurencyjnych porozumień o wspólnych zakupach w zakresie, w jakim narażałoby to na szwank prawidłowe funkcjonowanie danego porozumienia o zakupach i możliwość wykorzystywania siły nabywczej zgodnie z tym porozumieniem.

4.2.3.1. Rynki właściwe

288. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą wpływać na dwa rodzaje rynków. Po pierwsze, na rynki, których porozumienie o wspólnych zakupach bezpośrednio dotyczy, tj. rynki właściwe zakupu, na których członkowie porozumienia o wspólnych zakupach wspólnie negocjują z dostawcami lub od nich kupują. Po drugie, na rynki zbytu niższego szczebla, tj. na rynki, na których członkowie porozumienia o wspólnych zakupach prowadzą indywidualną działalność jako sprzedający.
289. Definicja rynków właściwych zakupu jest zgodna z zasadami określonymi w obwieszczeniu w sprawie definicji rynku i opiera się na pojęciu substytucyjności do celów określania presji konkurencyjnej. Jedyną cechą charakterystyczną rynków zakupu odróżniającą je od rynków zbytu jest konieczność określania substytucyjności z punktu widzenia podaży, a nie z punktu widzenia popytu. Innymi słowy decydujące w określaniu presji konkurencyjnej wywieranej na nabywców są alternatywne rozwiązania, jakimi dysponują dostawcy. Możliwe jest na przykład przeanalizowanie tych alternatywnych rozwiązań poprzez zbadanie prawdopodobnej reakcji dostawców na niewielkie, ale utrzymujące się obniżenie ceny oferowanej za ich produkty. Po zdefiniowaniu rynku właściwego udział w rynku członków porozumienia o wspólnych zakupach można obliczyć na podstawie wartości lub wielkości zakupów odpowiednich produktów dokonywanych przez tych członków wyrażonej jako odsetek całej sprzedaży na rynku właściwym zakupu.
290. Jeżeli ponadto członkowie są konkurentami na co najmniej jednym rynku zbytu, rynki te są także uwzględniane w ocenie. Rynki właściwe zbytu są definiowane za pomocą metodyki przedstawionej w obwieszczeniu w sprawie definicji rynku.

4.2.3.2. Władza rynkowa

291. Nie istnieje żaden bezwzględny próg, powyżej którego można by zakładać, że członkowie porozumienia o wspólnych zakupach posiadają władzę rynkową, która sprawia, że porozumienie o wspólnych zakupach może wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W większości przypadków istnienie władzy rynkowej jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli członkowie porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynkach właściwych zakupu nieprzekraczający 15 % oraz łączny udział w rynkach właściwych zbytu nieprzekraczający 15 %. W każdym razie, jeżeli łączne udziały członków zarówno w rynkach zakupu, jak i w rynkach zbytu nie przekraczają 15 %, istnieje prawdopodobieństwo, że warunki określone w art. 101 ust. 3 są spełnione, chyba że porozumienie zawiera ograniczenie konkurencji ze względu na cel.
292. Udział w rynku powyżej tego progu na jednym rynku lub obu tych rynkach nie wskazuje sam w sobie na prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach wywoła skutki ograniczające konkurencję. Porozumienie o wspólnych zakupach, w ramach którego łączny udział w rynku przekracza ten próg, wymaga przeprowadzenia szczegółowej oceny jego skutków dla rynku obejmującej czynniki takie jak koncentracja rynku, marże zysku, stopień zbliżenia konkurencji, charakter produktów objętych porozumieniem o zakupach i ewentualna równoważąca siła sprzedaży dostawców.

⁽²⁰⁵⁾ Wyrok z dnia 15 grudnia 1994 r., Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, pkt 34. Zob. również sekcja 1.2.6 dotycząca ograniczeń dodatkowych.

293. W kontekście oceny tego, czy członkowie porozumienia o wspólnych zakupach wspólnie dysponują siłą nabywczą, ważna jest ponadto również liczba i intensywność powiązań między konkurentami na rynku zakupu. Na przykład niektórzy z członków mogą być również uczestniczyć w innych porozumieniach o zakupach.
294. Jeżeli członkowie porozumienia o wspólnych zakupach mają znaczną siłę nabywczą na rynku zakupu, istnieje ryzyko, że porozumienie zaszkodzi konkurencji na rynku wyższego szczebla, co ostatecznie może również wyrządzić szkodę konsumentom na rynku niższego szczebla. Na przykład wykorzystywanie wspólnej siły nabywczej może zaszkodzić zachętom inwestycyjnym dostawców i zmusić dostawców, którzy nie dysponują równoważącą siłą sprzedaży, do ograniczenia asortymentu lub obniżenia jakości produkowanych przez nich produktów. Może to prowadzić do wystąpienia skutków ograniczających konkurencję na rynku wyższego szczebla, takich jak obniżenie jakości, porzucanie działań w zakresie innowacji i ostatecznie podaż na poziomie poniżej wielkości optymalnej. Detaliści mogą ponadto wykorzystywać siłę nabywczą i manipulować dostawcami poprzez wspólne ograniczanie różnorodności produktów w swoich sklepach, co w ostatecznym rozrachunku stanowi działanie na szkodę konsumentów na rynku niższego szczebla.
295. Ryzyko zniechęcenia dostawców do realizowania inwestycji lub wdrażania innowacji w rezultacie zawarcia porozumienia o wspólnych zakupach jest większe w przypadku, gdy nabywcy łącznie odpowiadają za znaczną część danych zakupów, w szczególności jeżeli tacy nabywcy zawierają transakcje z dostawcami, którzy nie dysponują równoważącą siłą sprzedaży. Tacy dostawcy mogą być szczególnie narażeni na spadek zysków, zwłaszcza gdy dokonali określonych inwestycji w celu realizacji dostaw dla członków porozumienia o wspólnych zakupach. Wystąpienie skutków ograniczających konkurencję będzie mniej prawdopodobne, jeżeli dostawcy mają na rynku lub rynkach zakupu znaczną równoważącą siłą sprzedaży (która niekoniecznie oznacza dominację), na przykład z uwagi na to, że sprzedają oni produkty lub usługi, których nabywcy potrzebują, aby móc konkurować na rynkach zbytu niższego szczebla, i które trudno jest zastąpić produktami substytucyjnymi.
296. Siła nabywczą członków porozumienia o wspólnych zakupach może również zostać wykorzystana do zamknięcia dostępu do rynku dla konkurujących nabywców z rynku zakupów poprzez ograniczenie ich dostępu do dostawców. Wystąpienie tego rodzaju skutków ograniczających jest bardziej prawdopodobne, jeżeli jest tylko ograniczona liczba dostawców oraz istnieją bariery wejścia na rynek zakupu po stronie podaży.
297. Jeżeli członkowie porozumienia o wspólnych zakupach są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na rynkach niższego szczebla, oddziaływanie czynników zachęcających ich do konkurowania ceną na rynkach zbytu niższego szczebla może zostać znacznie osłabione, w sytuacji gdy wspólnie dokonują zakupów znacznej części produktów, w odniesieniu do których konkurują oni ze sobą na rynkach niższego szczebla. Po pierwsze, w przypadku gdy członkowie posiadają wspólnie na rynku zbytu znaczny stopień władzy rynkowej (która niekoniecznie oznacza dominację), istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że korzyści z niższych cen nabycia uzyskane poprzez porozumienie o wspólnych zakupach zostaną przeniesione na konsumentów. Dzieje się tak w szczególności w przypadku, gdy konkurenci członków porozumienia o wspólnych zakupach – z uwagi na swoją słabą pozycję rynkową – dysponują ograniczoną zdolnością do skutecznego konkurowania na rynku zbytu. Po drugie, im wyższy łączny udział członków porozumienia o wspólnych zakupach w rynku zbytu niższego szczebla, tym większe ryzyko, że koordynacja zakupów na rynku wyższego szczebla będzie prowadziła do koordynacji zbytu na rynku niższego szczebla. Ryzyko to jest szczególnie wysokie, jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach ogranicza zdolność jego członków do niezależnego nabywania dodatkowych ilości materiałów wejściowych na rynku zakupu (lub zniechęca do takiego nabywania). Zobowiązanie nakładające na członków porozumienia o wspólnych zakupach wymóg zaspokajania całości lub większości swoich potrzeb za pośrednictwem porozumienia, aby zapewnić dostatecznie silną pozycję negocjacyjną względem silnych dostawców, należy oceniać, biorąc pod uwagę czynniki takie jak zakres (wielkość dokonywanych zakupów lub ich udział w rynku) i czas trwania zobowiązania oraz łączny udział członków porozumienia o wspólnych zakupach w rynkach właściwych zakupu lub rynkach właściwych zbytu.
298. Jeżeli jednak strony porozumienia o wspólnych zakupach wspólnie nie dysponują władzą rynkową lub nie prowadzą działalności na tych samych rynkach właściwych zbytu (np. detaliści, którzy prowadzą działalność na różnych rynkach geograficznych i nie są względem siebie potencjalnymi konkurentami), prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach wywoła skutki ograniczające konkurencję na rynkach zbytu, jest niewielkie.
- 4.2.3.3. Z m o w a
299. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą prowadzić do powstania zмовы, jeżeli ułatwiają koordynację zachowań członków na rynku zbytu niższego szczebla, na którym są oni faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Taka sytuacja może wystąpić w szczególności w przypadku, gdy struktura rynku zbytu sprzyja zмовы (np. z uwagi na to, że rynek jest skoncentrowany i charakteryzuje się znacznym poziomem przejrzystości). Prawdopodobieństwo wystąpienia zмовы jest również większe, jeżeli członkowie porozumienia

o wspólnych zakupach posiadają wysoki łączny udział w rynku zbytu, a zakres tego porozumienia wykracza poza wspólne dokonywanie zakupów lub wspólne negocjowanie warunków zakupu. Prawdopodobieństwu wystąpienia zmowy mogłaby sprzyjać na przykład sytuacja, w której członkowie porozumienia uzgadniają wielkości zakupów dokonywanych w ramach porozumienia lub koordynują terminy wprowadzania obniżek cen sprzedaży lub organizowania promocji na rynku zbytu niższego szczebla, znacząco ograniczając tym samym konkurencję między sobą na rynku zbytu.

300. Zmowa może również zostać ułatwiona, jeżeli członkowie porozumienia o wspólnych zakupach osiągają wysoki stopień uwspólnienia kosztów w ramach wspólnych zakupów, pod warunkiem że dysponują oni władzą rynkową na rynku zbytu, a cechy rynku sprzyjają koordynacji. W szczególności wystąpienie skutków ograniczających konkurencję jest bardziej prawdopodobne w przypadku, gdy strony ponoszą znaczne wspólne koszty zmienne na rynku zbytu. Ma to również miejsce na przykład w przypadku, gdy konkurujący producenci i sprzedawcy produktu końcowego wspólnie kupują dość dużą część swoich produktów wejściowych. Może zdarzyć się tak również w sytuacji, gdy detaliści prowadzący działalność na tym samym detalicznym rynku właściwym wspólnie kupują znaczną część produktów przeznaczanych następnie do odsprzedaży. Niezależnie od wzrostu prawdopodobieństwa wystąpienia zmowy bazującej na modelu połączeń gwiazdzystych⁽²⁰⁶⁾ detaliści będący członkami porozumienia o wspólnych zakupach mogą być również bardziej skłonni zgodzić się na podwyższenie cen przez dostawców, jeżeli będą mieli świadomość, że taki wzrost cen będzie dotyczył także większości ich konkurentów na rynkach zbytu niższego szczebla, a zatem będzie można go przenieść na konsumentów.
301. Wdrożenie porozumienia o wspólnych zakupach może wymagać wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych, takich jak dane na temat cen (lub ich części) i wielkości zakupów. W przypadku gdy samo porozumienie o wspólnych zakupach nie jest objęte zakazem określonym w art. 101 ust. 1 z uwagi na to, że ma ono neutralne lub pozytywne skutki dla konkurencji, wymiana informacji, która ma charakter dodatkowy w stosunku do tego porozumienia, również nie jest objęta tym zakazem⁽²⁰⁷⁾. Będzie tak w przypadku, gdy wymiana informacji jest obiektywnie konieczna do realizacji porozumienia o wspólnych zakupach i jest proporcjonalna do jego celów⁽²⁰⁸⁾. Jeżeli wymiana informacji wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji porozumienia o wspólnych zakupach, lub nie jest proporcjonalna do jego celów, wówczas musi być oceniana zgodnie z wytycznymi podanymi w rozdziale 6⁽²⁰⁹⁾. Jeżeli wymiana informacji jest objęta zakresem art. 101 ust. 1, może ona nadal spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3.
302. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych 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 na innych rynkach wynikające z wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych można zminimalizować, jeżeli na przykład dane są porównywane przez porozumienie o wspólnych zakupach, które jest ustanowione jako odrębny podmiot i nie przekazuje indywidualnych informacji uczestniczącym nabywcom, lub poprzez wprowadzenie technicznych lub praktycznych środków w celu ograniczenia dostępu do takich informacji i ochrony ich poufności. Członkowie porozumienia o wspólnych zakupach mogą zatem tworzyć zespoły „clean team” lub skuteczne zasady poufności obowiązujące odpowiednich pracowników porozumienia o wspólnych zakupach i jego członków, które miałyby nadal zastosowanie w przypadku powrotu określonych pracowników do poszczególnych członków porozumienia lub przejścia określonych pracowników lub członków do innego porozumienia o wspólnych zakupach. Ponadto udział przedsiębiorstwa w wielu porozumieniach o wspólnych zakupach nie powinien prowadzić do antykonkurencyjnej wymiany informacji lub innych rodzajów koordynacji między poszczególnymi porozumieniami o zakupach.
303. W kontekście wspólnych negocjacji warunków z dostawcami porozumienie o wspólnych zakupach (tj. jego członkowie lub utworzony przez nich podmiot prawny) może wykorzystywać swoją siłę nabywczą poprzez, na przykład, grożenie zaprzestaniem negocjacji lub wstrzymaniem zakupów, jeżeli dostawca nie zaoferuje lepszych warunków lub niższych cen. Także kontrahenci w takich negocjacjach mogą stosować podobne groźby w celu wstrzymania negocjacji lub dostaw produktów w ramach negocjacji z nabywcami.
304. Można uznać, że takie zbiorowe groźby negocjacyjne stanowią nieodłączną część porozumienia o wspólnych zakupach, jeżeli dotyczą produktów będących przedmiotem negocjacji i mają charakter tymczasowy i ustają wraz ze wznowieniem negocjacji lub zawarciem porozumienia przez strony. Bez uszczerbku dla stosowania

⁽²⁰⁶⁾ Zob. sekcja 6.2.4.2.

⁽²⁰⁷⁾ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard /Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89.

⁽²⁰⁸⁾ Zob. pkt 369.

⁽²⁰⁹⁾ Zob. także pkt 6.

bardziej rygorystycznych przepisów krajowych, które przewidują zakaz praktyk jednostronnych lub nieuczciwych praktyk handlowych⁽²¹⁰⁾, takie groźby co do zasady nie stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel⁽²¹¹⁾. Wszelkie skutki dla konkurencji wynikające z takich groźb będą oceniane na podstawie art. 101 ust. 1 w świetle ogólnych skutków porozumienia o wspólnych zakupach, z uwzględnieniem pozycji rynkowej członków stosujących groźby⁽²¹²⁾. Przykładem zbiorowych groźb, które można uznać za nieodłączną część porozumienia o wspólnych zakupach, jest wstrzymanie zamówień określonych produktów u dostawcy przez członków aliansu detalicznego w trakcie prowadzonych przez nich negocjacji w sprawie warunków dostawy tych produktów w przyszłości. Takie wstrzymanie zamówień może spowodować, że produkty wybrane przez indywidualnych członków aliansu staną się tymczasowo niedostępne w ich sklepach do momentu, gdy alians detaliczny i dostawca uzgodnią warunki przyszłych dostaw. Takie (groźby) wstrzymania zamówień zasadniczo nie będą miały odczuwalnego wpływu na konkurencję na rynkach zbytu niższego szczebla, jeżeli detaliści nadal będą oferować produkty będące substytutami przedmiotowych produktów oraz w zakresie, w jakim klienci na rynkach zbytu będą mogli nabyć te produkty lub produkty substytucyjne od konkurentów członków porozumienia o wspólnych zakupach.

4.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

4.3.1. Przyrost wydajności

305. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą być źródłem znacznego przyrostu wydajności. W szczególności porozumienia te mogą umożliwić uzyskanie oszczędności kosztów w postaci niższych cen nabycia, ograniczonych kosztów produkcji i zmniejszonych kosztów transakcji. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą ponadto powodować przyrost wydajności jakościowej, na przykład poprzez zachęcanie dostawców do pracy nad innowacyjnymi rozwiązaniami i do wprowadzania na rynek nowych lub ulepszonych produktów lub – w szczególności w przypadku mniejszych dostawców – poprzez rozszerzenie dystrybucji ich produktów na większą liczbę nabywców i rynków. Taka wydajność jakościowa może przynieść korzyści konsumentom, ograniczając zależności i pozwalając uniknąć niedoborów dzięki bardziej odpornym łańcuchom dostaw oraz przyczyniając się do większej odporności rynku wewnętrznego, na przykład dzięki wspólnym zakupom leków lub energii.

4.3.2. Niezbędność

306. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności wynikającego z porozumienia o wspólnych zakupach, nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. Na przykład oszczędności kosztów, które nie wynikają tylko z samych wspólnych zakupów, ale z dodatkowych działań prowadzonych przez porozumienie o wspólnych zakupach, takich jak logistyka, transport lub magazynowanie, można uznać za przyrost wydajności porozumienia tylko wówczas, gdy dodatkowe działanie jest niezbędne do funkcjonowania porozumienia o zakupach, i nie mogłyby zostać osiągnięte za pomocą mniej ograniczających środków. Zobowiązanie do dokonywania zakupów lub negocjowania wyłącznie w ramach porozumienia o wspólnych zakupach może w niektórych przypadkach być konieczne do osiągnięcia stopnia siły nabywczej lub wielkości zakupów niezbędnych do osiągnięcia korzyści skali. Takie zobowiązanie musi być jednak oceniane w kontekście indywidualnego przypadku.

4.3.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

307. 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 wszelkie 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 członków porozumienia o wspólnych zakupach. Oszczędność kosztów należy przenieść na klientów członków. Na przykład w przypadku niższych kosztów zakupu przeniesienie korzyści na konsumentów może mieć postać niższych cen na rynku lub rynkach zbytu.

⁽²¹⁰⁾ Na przykład przepisy krajowe transponujące dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (Dz.U. L 111 z 25.4.2019, s. 59) lub przepisy, które są bardziej restrykcyjne niż art. 102 przez określanie zakazu nadużyć wobec ekonomicznie zależnych przedsiębiorstw lub nakładanie sankcji za takie nadużycia, zob. art. 3 ust. 2 i motyw 8 rozporządzenia (WE) nr 1/2003.

⁽²¹¹⁾ Zob. pkt 278.

⁽²¹²⁾ Takie groźby mogą być nieodłączną częścią skutecznych negocjacji w celu uzyskania bardziej konkurencyjnych cen. Z drugiej strony takie groźby mogą się pojawić również w kontekście porozumień o wspólnych zakupach, które wywołują skutki ograniczające konkurencję. Obecność takich groźb samo w sobie nie jest zatem ani dowodem na szkodę dla konkurencji, ani na jej brak.

308. Przedsiębiorstwa mają zwykle motywację, aby przenieść na swoich klientów przynajmniej część obniżenia kosztów zmiennych. Wyższa marża zysku wynikająca z obniżenia kosztów zmiennych stanowi dla przedsiębiorstw istotną zachętę do rozszerzenia produkcji przez obniżanie cen. Jeżeli członkowie porozumienia o wspólnych zakupach mają wspólnie władzę rynkową na rynkach właściwych zbytu, mogą być jednak mniej skłonni do przenoszenia obniżenia kosztów zmiennych na klientów. Ponadto mniej prawdopodobne jest przeniesienie na konsumentów obniżenia kosztów stałych (takich jak płatności ryczałtowe dokonywane przez dostawców), gdyż obniżenie takie może często nie stanowić dla przedsiębiorstw zachęty do rozszerzenia produkcji. Konieczna jest zatem staranna ocena konkretnego porozumienia o wspólnych zakupach, aby stwierdzić, czy stwarza ono zachętę gospodarczą do rozszerzenia produkcji i tym samym przeniesienia na konsumentów obniżek kosztów lub przyrostu efektywności⁽²¹³⁾. Ponadto niższe ceny sprzedaży płacone przez klientów są szczególnie mało prawdopodobne, jeżeli porozumienie o wspólnych zakupach ogranicza zdolność jego członków do nabywania dodatkowych ilości (lub zniechęca do takiego nabywania) od danego dostawcy w ramach porozumienia o wspólnych zakupach albo niezależnie poza porozumieniem. W rzeczywistości porozumienia o wspólnych zakupach, które ograniczają niezależne zamawianie przez ich członków dodatkowych ilości od danego dostawcy, stanowią zachętę do podnoszenia cen sprzedaży. Dzieje się tak dlatego, że wspólne ograniczanie zakupu produktów wejściowych będzie zwykle skutkowało ograniczeniem wielkości sprzedaży na rynku lub rynkach zbytu.

4.3.4. Nieeliminowanie konkurencji

309. Warunki zawarte w art. 101 ust. 3 nie mogą zostać spełnione, jeżeli strony zyskują możliwość eliminowania konkurencji w stosunku do znaczącej części danych produktów. Warunek ten musi być spełniony zarówno na rynkach właściwych zakupu, jak i rynkach właściwych zbytu.

4.4. Przykłady

310. Kartel nabywców

Przykład 1

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

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

311. Wspólne negocjacje dotyczące produktów wejściowych prowadzone przez producentów

Przykład 2

Sytuacja: Pięciu konkurujących ze sobą producentów stali ma łączny udział w rynku właściwym zakupu w państwie członkowskim A wynoszący 40 %. Producenci stali tworzą, posiadają i prowadzą wspólnego przedsiębiorcę, który będzie negocjował zakup rudy żelaza w ich imieniu. Wspólny przedsiębiorca żąda od głównego dostawcy rudy żelaza obniżkę ceny zakupu rudy żelaza o 20 % w państwie członkowskim A i otrzymuje ją. Zamiast konkurować ze sobą na rynku zakupu tych pięciu producentów stali kupuje rudę żelaza po cenie zakupu wynegocjowanej przez wspólnego przedsiębiorcę. Nie ma dowodów na to, że właściciele wspólnego przedsiębiorcy obniżyli swoje ceny stali na rynku zbytu ze względu na niższe ceny, które zapłacili za rudę żelaza.

⁽²¹³⁾ Np. rabat może mieć wprawdzie umowną formę ryczałtu, ale w rzeczywistości może być uzależniony od osiągnięcia przez nabywcę pewnych oczekiwanych celów sprzedaży podczas renegocjacji umowy w kolejnym roku. Podobnie zapłata może zależeć od wykonania określonych usług.

Analiza: Wspólny przedsiębiorca jest porozumieniem o wspólnych zakupach, które prowadzi negocjacje z dostawcami w imieniu tych pięciu producentów stali. Pięciu producentom stali, będącym stronami wspólnego przedsiębiorcy, udało się uzyskać niższą cenę za zakup rudy żelaza. Strony wspólnego przedsiębiorcy dokonują zakupów rudy żelaza niezależnie, ale na podstawie ceny wynegocjowanej przez wspólnego przedsiębiorcę. Utworzenie i prowadzenie wspólnego przedsiębiorcy nie ma na celu ograniczenia konkurencji. To, czy istnienie wspólnego przedsiębiorcy ma skutki ograniczające konkurencję, będzie zależało na przykład od tego, czy wspólny przedsiębiorca powoduje wysoki stopień uwspólnienia kosztów i czy porozumienie o wspólnych zakupach stwarza realne ryzyko zmowy na rynku zbytu stali. Przy założeniu, że wszystkie czynniki pozostają niezmienione, fakt, że żaden z tych producentów stali, będących stronami wspólnego przedsiębiorcy, nie obniżyłby swoich cen stali, mógłby wskazywać na istnienie takiej zmowy.

312. Wspólne negocjacje europejskiego aliansu detalicznego

Przykład 3

Sytuacja: Europejski alians detaliczny, którego członkami jest siedem dużych sieci handlowych, z których każda prowadzi działalność na innym rynku krajowym, wspólnie negocjuje pewne warunki przyszłej umowy na dostawę z dużym producentem marki herbatników i soków owocowych, mającym udział w rynku tych kategorii produktów na poziomie 30 %. Udział aliansu w rynku wynosi nie więcej niż 18 % na każdym (krajowym) rynku właściwym zakupu, a udział w rynku każdego z członków aliansu na (lokalnych) detalicznych rynkach właściwych w jego państwie członkowskim wynosi 15–20 %. Członkowie aliansu nie są potencjalnymi nowymi uczestnikami wzajemnych rynków zbytu. Negocjacje dotyczą w szczególności dodatkowego rabatu ze strony producenta na rzecz detalistów. Obie strony prowadzą twarde negocjacje, aby uzyskać jak najlepszą ofertę. Na pewnym etapie negocjacji alians detaliczny podejmuje decyzję, że jego członkowie mają czasowo wstrzymać zamawianie produktów należących do tych dwóch kategorii, które są objęte negocjacjami z producentem, aby zwiększyć presję. Wykonując tę decyzję, każdy członek aliansu indywidualnie decyduje, które produkty producenta należące do tych kategorii przestanie zamawiać w okresie impasu w negocjacjach, biorąc pod uwagę preferencje lokalnych konsumentów na swoich rynkach zbytu. Ostatecznie, po kolejnej rundzie negocjacji, producent i alians uzgadniają wysokość dodatkowego rabatu, który producent przyzna poszczególnym członkom aliansu, i członkowie wznawiają składanie zamówień u producenta na cały asortyment produktów.

Analiza: Europejski alians detaliczny nie jest kartelem nabywców i nie stanowi ograniczenia konkurencji ze względu na cel. Kwalifikuje się on jako porozumienie o wspólnych zakupach, nawet jeżeli tylko negocjuje on szczególny rabat jako część szerszej transakcji zakupu pomiędzy producentem a członkami aliansu, na podstawie czego członkowie dokonują indywidualnych zakupów pożądaných ilości produktów producenta. Krajowe sieci handlowe będące członkami aliansu nie prowadzą działalności na tych samych rynkach zbytu i nie są dla siebie nawzajem potencjalnymi konkurentami. W związku z tym istnieje małe prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach będzie miało skutki ograniczające konkurencję między detalistami na rynkach zbytu niższego szczebla. Ponadto detaliści są poddani wystarczającej presji konkurencyjnej ze strony konkurujących detalistów, którzy nie uczestniczą w porozumieniu o wspólnych zakupach. Nadal może być konieczne przeprowadzenie oceny potencjalnych negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji na rynku wyższego szczebla, wynikających z dodatkowego rabatu (np. w postaci ograniczenia innowacyjności przez dostawców). Takie negatywne skutki wydają się jednak mało prawdopodobne w świetle łącznego udziału stron w rynku, wynoszącego nie więcej niż 18 % na każdym rynku właściwym zakupu. Tymczasowe wstrzymanie zamówień należy oceniać wraz z ogólnymi skutkami porozumienia o wspólnych zakupach. Środek taki dotyczy tylko kategorii produktów, które są przedmiotem negocjacji z producentem, i nie wydaje się być szkodliwy dla konsumentów bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności w zakresie, w jakim przedmiotowi detaliści oferują produkty substytucyjne lub istnieją inni konkurujący detaliści, od których konsumenci mogą nabyć te same produkty, a po osiągnięciu porozumienia może przynieść korzyści dla konsumentów w postaci niższych cen.

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

Przykład 4

Sytuacja: Stu pięćdziesięciu małych detalistów zawiera porozumienie o utworzeniu porozumienia o wspólnych zakupach. W ramach porozumienia są oni zobowiązani do zakupu minimalnej ilości, która odpowiada w przybliżeniu 50 % całkowitych kosztów każdego detalisty. Detaliści mogą w ramach porozumienia dokonywać zakupów przekraczających minimalną ilość, a także mogą kupować poza ramami porozumienia. Ich łączny udział w rynku wynosi 23 % zarówno na rynku zakupu, jak i na rynku zbytu. Przedsiębiorstwo A i przedsiębiorstwo B są dwoma dużymi konkurentami członków porozumienia o wspólnych zakupach. Udział przedsiębiorstwa A w każdym ze wspomnianych rynków wynosi 25 %, zaś udział przedsiębiorstwa B wynosi 35 %. Nie istnieją bariery, które utrudniałyby utworzenie porozumienia o wspólnych zakupach także przez pozostałych mniejszych konkurentów. Dzięki dokonywaniu wspólnych zakupów w ramach porozumienia o wspólnych zakupach tych 150 detalistów osiąga znaczne oszczędności kosztów.

Analiza: Przedmiotowe porozumienie o wspólnych zakupach nie jest kartelem nabywców i nie kwalifikuje się jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Łączny udział detalistów uczestniczących w porozumieniu w rynku zakupu i rynku zbytu przekracza poziom wygodnej „bezpiecznej przystani” wynoszący 15 %, ale detaliści ci są ograniczani przez przedsiębiorstwa A i B, które mają większe udziały w obu rynkach. Biorąc pod uwagę łączny udział członków w rynku zakupu, prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach zniechęci dostawców produktów do inwestycji lub innowacji, pozostaje niskie. Zależy to jednak również od stopnia równoważącej siły sprzedaży dostawców na rynku zakupu oraz – w przypadku dostawców niemających siły sprzedaży – od tego, czy dokonali oni inwestycji ukierunkowanych na klienta z myślą o członkach porozumienia o wspólnych zakupach. Mimo że uczestniczący detaliści osiągają wysoki stopień uwspólnienia kosztów, nie jest prawdopodobne uzyskanie przez nich władzy rynkowej na rynku zbytu ze względu na obecność na rynku przedsiębiorstw A i B, z których każde oddzielnie jest silniejsze od połączonych detalistów będących stroną porozumienia o wspólnych zakupach. W związku z tym istnieje niskie prawdopodobieństwo, by tych 150 detalistów mogło skutecznie koordynować swoje zachowanie w zakresie cen sprzedaży i osiągnąć znowę na rynku zbytu, która uniemożliwiłaby im przeniesienie niższych cen zakupu lub związanych z nimi rabatów. Porozumienie o wspólnych zakupach prawdopodobnie nie wywoła więc skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Współpraca przynosi ponadto pewien przyrost wydajności dzięki korzyściom skali, które mogą dodatkowo obniżyć ceny sprzedaży i zwiększyć konkurencyjność detalistów na rynku zbytu względem przedsiębiorstw A i B.

314. Stopień uwspólnienia kosztów i władza rynkowa na rynku zbytu

Przykład 5

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

Analiza: Przedmiotowe porozumienie o zakupach nie jest kartelem nabywców i nie kwalifikuje się jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Istnieje jednak prawdopodobieństwo, że umożliwi ono stronom koordynowanie ich zachowań na rynku zbytu, prowadząc w ten sposób do znowy. Strony posiadają władzę rynkową na rynku zbytu, gdyż na tym rynku istnieje tylko kilku znacznie mniejszych konkurentów, a porozumienie o zakupach powoduje wysoki stopień uwspólnienia kosztów. Ponadto wejście na rynek nowego uczestnika jest mało prawdopodobne. Zachęta dla stron do koordynowania ich zachowania na rynku zbytu byłaby jeszcze większa, gdyby ich struktury kosztów były podobne już przed zawarciem porozumienia. Co więcej, ryzyko znowy zwiększyłyby dodatkowo podobne marże stron. Takie porozumienie powoduje również ryzyko, że strony mogłyby ograniczyć popyt, na skutek czego – w związku z ograniczeniem zakupów – zmniejszyłyby także wielkość sprzedaży, powodując tym samym wzrost ceny sprzedaży na rynku niższego szczebla. W związku z tym istnieje prawdopodobieństwo, że porozumienie o zakupach wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Chociaż jest bardzo prawdopodobne, że porozumienie przyczyni się do przyrostu wydajności w postaci oszczędności kosztów, to ze względu na znaczącą pozycję rynkową stron na rynku zbytu jest mało prawdopodobne, że korzyści z takiego przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję. W związku z tym jest mało prawdopodobne, by porozumienie o zakupach spełniało warunki określone w art. 101 ust. 3.

315. Strony prowadzące działalność na odrębnych rynkach geograficznych

Przykład 6

Sytuacja: Sześciu dużych detalistów, z których każdy posiada siedzibę w innym państwie członkowskim, ustanawia porozumienie o wspólnych zakupach, aby wspólnie kupować szereg markowych produktów opartych na mące z pszenicy durum. Porozumienie stanowi, że detaliści ci mogą kupować inne podobne produkty markowe poza ramami współpracy. Członkowie porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w ogólnounijnym rynku właściwym zakupu wynoszący około 22 %. W rynku zakupu uczestniczy trzech innych dużych nabywców o wielkości porównywalnej z porozumieniem o wspólnych zakupach. Każdy z członków porozumienia o wspólnych zakupach posiada wynoszący około 20–30 % udział w rynkach zbytu, na których prowadzi działalność, a rynki te są rynkami krajowymi. Żadna ze stron nie prowadzi działalności na rynku zbytu w państwie członkowskim, w którym działalność prowadzi inna strona. Strony nie są potencjalnymi nowymi uczestnikami wzajemnych krajowych rynków zbytu.

Analiza: Przedmiotowe porozumienie o wspólnych zakupach nie jest kartelem nabywców i nie kwalifikuje się jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Dzięki porozumieniu uczestniczący detaliści będą zdolni do konkutowania z innymi dużymi nabywcami działającymi na rynku zakupu i uzyskania lepszych cen lub warunków, niż miałyby to miejsce w przypadku, gdyby dokonywali oni zakupu produktów niezależnie. Biorąc pod uwagę łączny udział uczestników w rynku zakupu, prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach zniechęci dostawców produktów do inwestycji lub innowacji, pozostaje niskie. Zależy to jednak również od stopnia równoważącej siły sprzedaży dostawców na rynku zakupu oraz – w przypadku dostawców niemających siły sprzedaży – od tego, czy dokonali oni inwestycji ukierunkowanych na klienta z myślą o nabywcach będących stroną porozumienia. W porównaniu z ogólnounijnym rynkiem zakupu rynki zbytu są o wiele mniejsze (pod względem obrotów i zasięgu geograficznego) i na takich rynkach niektórzy członkowie porozumienia mogą mieć pewien stopień władzy rynkowej. Jednak mimo że członkowie porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynku zakupu wynoszący powyżej 15 %, strony nie są w stanie pomyślnie skoordynować swojego zachowania na krajowych rynkach zbytu, ponieważ nie są rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami na tych rynkach niższego szczebla. W rezultacie porozumienie o wspólnych zakupach prawdopodobnie nie wywoła skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Nawet jeżeli porozumienie miałooby jednak skutki ograniczające konkurencję, prawdopodobnie spełnia ono warunki wyłączenia na podstawie art. 101 ust. 3. Porozumienie o wspólnych zakupach prowadzi do niższych kosztów zakupu, których członkowie nie byłiby w stanie uzyskać, gdyby negocjowali ceny niezależnie. Z uwagi na pozycję rynkową poszczególnych członków na rynku niższego szczebla, w odniesieniu do którego nie są oni obecni na swoich wzajemnych rynkach zbytu, ale mają do czynienia ze znaczącą konkurencją ze strony innych detalistów (posiadających udział w rynku zbytu wynoszący co najmniej 70 %), wydaje się prawdopodobne, że te niższe koszty zakupu zostaną przeniesione na konsumentów. Członkowie porozumienia powinni mieć bowiem motywację, aby przenieść na swoich klientów przynajmniej część obniżenia kosztów zmiennych poprzez rozszerzenie sprzedaży na rynku niższego szczebla dzięki obniżeniu cen.

316. Wymiana informacji

Przykład 7

Sytuacja: Trzej konkurujący ze sobą producenci A, B i C powierzają niezależnemu porozumieniu o wspólnych zakupach zakup produktu Z, który jest produktem pośrednim stosowanym przez tych trzech producentów do produkcji produktu końcowego X. Koszty produktu Z nie stanowią istotnego czynnika kosztowego w produkcji produktu X. Wszystkie informacje niezbędne do dokonywania wspólnych zakupów (np. specyfikacje jakościowe, ilości, terminy dostaw, maksymalne ceny nabycia) są ujawniane jedynie porozumieniu o wspólnych zakupach, natomiast nie udostępnia się ich pozostałym członkom porozumienia. Porozumienie o wspólnych zakupach uzgadnia ceny nabycia z każdym dostawcą produktu Z. Producenci A, B i C posiadają łączny udział w rynku wynoszący 30 % na każdym z rynków zakupu i rynków zbytu. Mają oni sześciu konkurentów na rynkach zakupu i rynkach zbytu, z których dwóch posiada udział w rynku wynoszący 20 % każdy.

Analiza: Przedmiotowe porozumienie o wspólnych zakupach nie jest kartelem nabywców i nie jest ograniczeniem konkurencji ze względu na cel. Członkowie porozumienia o wspólnych zakupach mają wspólnie łączny udział w rynku wynoszący 30 % zarówno na rynkach zakupu, jak i zbytu, który wyraźnie przekracza wygodną „bezpieczną przystań” na poziomie 15 %. Może to zapewnić im znaczący poziom władzy rynkowej zarówno na rynkach zakupu, jak i zbytu. Członkowie porozumienia zmagają się jednak z konkurencją ze strony kilku konkurentów tak na rynku wyższego, jak i niższego szczebla. Co najmniej dwóch z tych konkurentów ma znaczącą pozycję rynkową (udział w rynku każdego z nich wynosi 20 %), która pozwala im wywierać efektywną presję konkurencyjną na członków porozumienia. Wydaje się zatem mało

prawdopodobne, by członkowie porozumienia o wspólnych zakupach posiadali na tyle znaczącą władzę rynkową na rynkach zbytu, aby móc wykluczyć tych konkurentów z rynku zakupu. Porozumienie ogranicza się ponadto do zakupu produktu Z, który nie jest znaczącym czynnikiem kosztowym w produkcji produktu X. Oznacza to, że nie stanowi on istotnego produktu wejściowego w działalności stron na rynkach zbytu i nie spowoduje wysokiego stopnia uwspólnienia kosztów. Producenci A, B i C nadal kupują lub produkują niezależnie pozostałe produkty wejściowe do produkcji produktu X, które stanowią bardziej znaczące czynniki kosztowe, i mają do czynienia z efektywną konkurencją ze strony tych sześciu pozostałych konkurentów, a także ze wzajemną konkurencją między sobą na rynku produktu X.

W związku z tym jest mało prawdopodobne, by porozumienie o wspólnych zakupach ograniczało konkurencję na rynkach zakupu lub zbytu w rozumieniu art. 101 ust. 1, a w każdym razie może ono spełniać cztery warunki łączne określone w art. 101 ust. 3.

Ponadto, jeżeli chodzi o wymianę informacji, podobnie nie będzie ona podlegała zakazowi przewidzianemu w art. 101 ust. 1, o ile jest obiektywnie konieczna do realizacji porozumienia o wspólnych zakupach produktu Z i proporcjonalna do jego realizacji, a także obejmuje tylko te parametry, które są wymagane, aby członkowie porozumienia mogli zawrzeć porozumienie z dostawcami. Ponieważ informacje nie są wymieniane między poszczególnymi członkami, a tylko z porozumieniem o wspólnych zakupach, nie zachodzi bezpośrednia wymiana informacji między producentami A, B i C, a zatem istnieje niskie prawdopodobieństwo, by przekazywanie informacji doprowadziło do powstania zmywy między nimi sprzecznej z art. 101 ust. 1.

5. POROZUMIENIA O KOMERCJALIZACJI

5.1. Wprowadzenie

317. 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.
318. Ważną kategorią tych porozumień o bardziej ograniczonym zakresie są porozumienia dystrybucyjne. VBER i wytyczne wertykalne zasadniczo obejmują porozumienia dystrybucyjne, chyba że strony porozumienia są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Jeżeli konkurenci zgodzą się dystrybuować swoje produkty substytucyjne (w szczególności jeżeli prowadzą takie działania na różnych rynkach geograficznych), istnieje ryzyko, że celem lub skutkiem tych porozumień może być podział rynków między stronami lub że doprowadzą one do zmywy. Może to dotyczyć zarówno porozumień wzajemnych, jak i porozumień o charakterze niewzajemnym zawieranych między konkurentami, które należy zatem ocenić najpierw zgodnie z zasadami przedstawionymi w niniejszym rozdziale. Jeżeli ocena taka prowadzi do wniosku, że współpraca między konkurentami w dziedzinie dystrybucji byłaby w zasadzie możliwa do zaakceptowania, konieczna będzie dalsza ocena w celu zbadania ewentualnych ograniczeń wertykalnych obecnych w takich porozumieniach. Ten drugi etap oceny powinien opierać się na zasadach przedstawionych w wytycznych wertykalnych.
319. Jedyny wyjątek od tego dwuetapowego procesu, o którym mowa w poprzednim punkcie, dotyczy porozumień dystrybucyjnych o charakterze niewzajemnym między konkurentami, w przypadku których a) dostawca jest producentem, hurtownikiem lub importerem i dystrybutorem towarów, natomiast nabywca jest dystrybutorem, a nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na poziomie produkcji, sprzedaży hurtowej lub przywozu lub b) dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu, natomiast nabywca świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu, na którym nabywa usługi będące przedmiotem porozumienia⁽²¹⁴⁾. W ramach tych scenariuszy porozumienie dystrybucyjne może być objęte VBER, w którym to przypadku niniejsze wytyczne nie mają zastosowania⁽²¹⁵⁾. Pkt 43 zawiera dodatkowe wskazówki dotyczące ogólnego związku między niniejszymi wytycznymi a VBER i wytycznymi wertykalnymi.

⁽²¹⁴⁾ Art. 2 ust. 4 VBER.

⁽²¹⁵⁾ Wyłączenie przewidziane w art. 2 ust. 4 VBER nie ma zastosowania do (i) wymiany informacji między dostawcą a nabywcą, która nie jest bezpośrednio związana z wdrażaniem porozumienia wertykalnego albo nie jest niezbędna do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem, albo nie spełnia żadnego z tych dwóch warunków (art. 2 ust. 5 VBER) ani do (ii) porozumień wertykalnych dotyczących świadczenia usług pośrednictwa internetowego, jeżeli dostawca usług pośrednictwa internetowego jest przedsiębiorstwem konkurującym na rynku właściwym sprzedaży towarów lub usług będących przedmiotem pośrednictwa (art. 2 ust. 6 VBER). W takich przypadkach niniejsze wytyczne mają zastosowanie równoległe do wytycznych wertykalnych. Taka wymiana informacji wymaga indywidualnej oceny na podstawie art. 101. Wytyczne wertykalne mogą być istotne dla oceny wszelkich ograniczeń wertykalnych, natomiast niniejsze wytyczne mogą zawierać istotne wskazówki dotyczące oceny możliwych skutków zmywy.

320. Kolejnego rozróżnienia należy dokonać między porozumieniami, w których strony uzgadniają jedynie wspólną komercjalizację, a porozumieniami, w których komercjalizacja wiąże się z innego rodzaju współpracą na rynku wyższego szczebla, taką jak wspólna produkcja lub wspólne zakupy. W trakcie analizy porozumień o komercjalizacji łączących różne poziomy współpracy należy dokonać oceny zgodnie z pkt 6–8.
321. Istnieją wyłączenia stosowania art. 101 ust. 1 do komercjalizacji produktów rolnych przewidziane w rozporządzeniu (UE) nr 1308/2013 ustanawiającym wspólną organizację rynków produktów rolnych ⁽²¹⁶⁾.
- 5.2. **Ocena na podstawie art. 101 ust. 1**
- 5.2.1. *Główne problemy w zakresie konkurencji*
322. Porozumienia o komercjalizacji mogą ograniczać konkurencję na kilka sposobów. Po pierwsze i najbardziej oczywiste, porozumienia o komercjalizacji mogą prowadzić do ustalania cen.
323. Po drugie, porozumienia o komercjalizacji mogą również ułatwiać ograniczenie produkcji, ponieważ strony mogą decydować o ilości produktów wprowadzanych do obrotu, tym samym zmniejszając podaż.
324. Po trzecie, porozumienia o komercjalizacji mogą być wykorzystywane przez strony jako środek podziału rynków, zamówień lub klientów, na przykład w przypadku, gdy zakłady produkcyjne stron są zlokalizowane na różnych rynkach geograficznych lub gdy porozumienia są wzajemne.
325. Po czwarte, porozumienia o komercjalizacji mogą również prowadzić do wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych odnoszących się do kwestii leżących w zakresie współpracy lub poza nim lub do u Wspólnienia kosztów – w szczególności w przypadku porozumień, które nie obejmują ustalania cen – co może skutkować zmonopolizacją.
326. Z drugiej strony istnieje raczej niskie prawdopodobieństwo, by porozumienie o komercjalizacji stwarzało problemy w zakresie konkurencji, jeżeli jest obiektywnie konieczne, aby umożliwić jednej ze stron wejście na rynek, na który nie byłaby ona w stanie wejść samodzielnie lub wspólnie z mniejszą liczbą stron niż strony, które uczestniczą we współpracy, np. z powodu związanych z tym kosztów. W ramach takiego scenariusza strony porozumienia nie są swoimi wzajemnymi potencjalnymi ani rzeczywistymi konkurentami, w związku z czym porozumienie nie będzie skutkowało ograniczeniem konkurencji między nimi.
327. Kluczowym zagadnieniem przy ocenie wzajemnego porozumienia o komercjalizacji jest zatem to, czy porozumienie jest obiektywnie konieczne, aby strony mogły wzajemnie wejść na swoje rynki. Jeżeli jest konieczne, to nie stwarza problemów w zakresie konkurencji. Jeżeli jednak jedna strona jest w stanie wejść na rynek drugiej strony bez porozumienia, a porozumienie ogranicza niezależność pierwszej strony w podejmowaniu decyzji dotyczących możliwości wejścia na rynek drugiej strony, to prawdopodobnie wywołuje ono skutki ograniczające konkurencję. Ta sama zasada ma zastosowanie do porozumień o komercjalizacji o charakterze niewzajemnym. Ryzyko wystąpienia skutków ograniczających konkurencję jest jednak w przypadku porozumień o charakterze niewzajemnym mniej wyraźne, ponieważ istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że strony będą miały wzajemną motywację do podziału rynków lub klientów.
- 5.2.2. *Ograniczenia konkurencji ze względu na cel*
328. Po pierwsze, porozumienia o komercjalizacji prowadzą do ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jeżeli służą jako narzędzie do udziału w ukrytym kartelu. W każdym razie ograniczają konkurencję ze względu na cel mogą porozumienia o komercjalizacji obejmujące ustalanie cen, ograniczenia produkcji lub podział rynku, z wyjątkiem sytuacji, w których ograniczenia te mają charakter dodatkowy w stosunku do głównego celu porozumienia i gdy ten główny cel nie jest objęty zakazem określonym w art. 101 ust. 1.
329. Jednym z najważniejszych problemów w zakresie konkurencji wynikających z porozumień o komercjalizacji między konkurentami jest ustalanie cen. Porozumienia ograniczone do wspólnej sprzedaży i z reguły porozumienia o komercjalizacji obejmujące wspólne ustalanie cen zwykle prowadzą do koordynacji polityki cenowej konkurujących wytwórców lub usługodawców. Takie porozumienia mogą nie tylko eliminować konkurencję cenową między stronami w odniesieniu do 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.

⁽²¹⁶⁾ Zob. także pkt 47.

330. Ocena ta nie ulega zmianie, jeżeli porozumienie nie ma charakteru wyłącznego (tj. gdy strony mogą swobodnie sprzedawać indywidualnie poza porozumieniem), dopóki można stwierdzić, że dane porozumienie będzie prowadziło do koordynacji cen nakładanych przez strony na wszystkich lub na część ich klientów.
331. Podobnie, poważny problem w zakresie konkurencji, który może wynikać z porozumień o komercjalizacji, stanowią ograniczenia produkcji. Jeżeli strony porozumienia wspólnie decydują o ilości produktów, które mają być wprowadzone na rynek, dostępna podaż produktów objętych porozumieniem może zostać zmniejszona, co powoduje wzrost ich ceny. Każda ze stron porozumienia powinna w zasadzie móc samodzielnie decydować o zwiększeniu lub zmniejszeniu swojej produkcji w celu zaspokojenia popytu na rynku. Ryzyko ograniczenia produkcji jest mniejsze w przypadku porozumień o komercjalizacji niemających charakteru wyłącznego, o ile stronom pozostawia się swobodę i faktyczną możliwość, aby indywidualnie zaspokajać ewentualny dodatkowy popyt, oraz o ile porozumienie nie prowadzi do koordynacji polityki podaży stron.
332. Porozumienia o komercjalizacji między stronami prowadzącymi działalność na różnych rynkach geograficznych lub wobec różnych kategorii klientów mogą także być wykorzystywane jako narzędzie do podziału rynku. W przypadku gdy strony stosują wzajemne porozumienie o komercjalizacji do wzajemnej dystrybucji produktów w celu eliminowania faktycznej lub potencjalnej konkurencji między nimi poprzez podział rynków lub klientów, jest prawdopodobne, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Jeżeli dane porozumienie nie ma charakteru wzajemnego, ryzyko podziału rynku jest mniejsze. Należy jednak ocenić, czy porozumienie o charakterze niewzajemnym stanowi podstawę obopólnego uzgodnienia między stronami mającego na celu odstąpienie od wzajemnego wchodzenia na swoje rynki.
- 5.2.3. *Skutki ograniczające konkurencję*
333. Porozumienie o komercjalizacji, które nie ma charakteru ograniczającego konkurencję ze względu na cel, nadal może mieć skutki ograniczające konkurencję. Aby ocenić skutki porozumień o komercjalizacji dla konkurencji, niezbędne jest uwzględnienie czynników wymienionych w pkt 32, jak również poniższych dodatkowych wskazań dotyczących konkretnie tego rodzaju porozumień.
334. W celu oceny skutków porozumienia o komercjalizacji konieczne jest zdefiniowanie właściwego rynku produktowego i rynku geograficznego oraz ustalenie odpowiednich pozycji stron na tych rynkach. Rynki, których współpraca dotyczy bezpośrednio, to rynki, do których należą produkty będące przedmiotem porozumienia i na których strony będą wspólnie komercjalizować te produkty. Jednak z uwagi na to, że porozumienie o komercjalizacji na jednym rynku może również wpływać na konkurencyjne zachowanie stron na rynkach sąsiednich blisko związanych z rynkiem bezpośrednio objętym współpracą (na rynkach dotkniętych skutkami ubocznymi), należy również zdefiniować każdy z takich rynków dotkniętych skutkami ubocznymi ⁽²¹⁷⁾.
335. W przypadkach gdy porozumienia o komercjalizacji między konkurentami nie ograniczają konkurencji ze względu na cel, będą one miały skutki ograniczające konkurencję zasadniczo tylko wówczas, gdy strony porozumienia posiadają pewien stopień władzy rynkowej. Aby ocenić, czy strony mają taką władzę rynkową, należy wziąć pod uwagę ewentualne istnienie równoważącej siły nabywczej ich klientów. Jeżeli strony mają wspólną władzę rynkową, na ogół istnieje prawdopodobieństwo, że będą one miały zdolność do podnoszenia cen lub ograniczania produkcji, jakości produktów, ich różnorodności lub innowacyjności. Ponadto w ramach porozumień o komercjalizacji strony łączą (częściowo) swoją działalność związaną z rynkiem, a mianowicie działalność, która ma bezpośredni wpływ na ich klientów. Ten bezpośredni wpływ na klientów zwiększa ryzyko, że porozumienia o komercjalizacji mogą wywoływać skutki antykonkurencyjne.

5.2.3.1. *Z m o w a*

336. Porozumienie o wspólnej komercjalizacji, które nie obejmuje ustalania cen, ograniczania produkcji lub podziału rynku, może mimo wszystko wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli zwiększa stopień uwspólnienia kosztów zmiennych stron do poziomu, który prawdopodobnie doprowadzi do zмовy. Wystąpienie takiej sytuacji jest prawdopodobne, jeżeli już przed zawarciem porozumienia strony mają wysoki udział kosztów zmiennych, które dzielą między sobą. W takim wypadku dodatkowy wzrost stopnia uwspólnienia kosztów (tj. kosztów komercjalizacji produktu objętego porozumieniem), nawet jeśli jest on ograniczony, może przechylić szalę, doprowadzając do zмовy. Jeżeli wzrost jest duży, ryzyko zмовy może być duże, nawet jeżeli początkowy stopień uwspólnienia kosztów jest niski.

⁽²¹⁷⁾ Na przykład w przypadku porozumienia o komercjalizacji na konkretnym rynku geograficznym – inne rynki geograficzne, na których strony porozumienia również prowadzą działalność, lub rynki dostaw produktów wejściowych wspólnie kupowanych w celu komercjalizacji produktów objętych porozumieniem.

337. 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. Uwspólnienie kosztów komercjalizacji zwiększa ryzyko zmywy, jeżeli porozumienie o komercjalizacji dotyczy produktów, które wiążą się z kosztowną komercjalizacją, np. wysokimi kosztami związanymi z dystrybucją lub obrotem. W rezultacie nawet porozumienia ograniczające się do wspólnej reklamy lub promocji mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję, jeżeli działania te stanowią znaczący odsetek kosztów zmiennych produktu.
338. Wdrażanie porozumienia o wspólnej komercjalizacji może wymagać wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych, w szczególności dotyczących strategii marketingowej i cen. W przypadku gdy porozumienie o komercjalizacji nie jest objęte zakazem określonym w art. 101 ust. 1 z uwagi na to, że ma ono neutralne lub pozytywne skutki dla konkurencji, wymiana informacji, która ma charakter dodatkowy w stosunku do tego porozumienia, również nie jest objęta tym zakazem⁽²¹⁸⁾. Będzie tak w przypadku, gdy wymiana informacji jest obiektywnie konieczna do realizacji porozumienia o komercjalizacji i jest proporcjonalna do jego celów⁽²¹⁹⁾. Jeżeli wymiana informacji wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji porozumienia o komercjalizacji, lub nie jest proporcjonalna do jego celów, wówczas musi być oceniana zgodnie z wytycznymi podanymi w rozdziale 6⁽²²⁰⁾. Jeżeli wymiana informacji jest objęta zakresem art. 101 ust. 1, może ona nadal spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3.

5.2.3.2. Współpraca zasadniczo niebudząca zastrzeżeń

339. Jak już wspomniano w pkt 335, porozumienia o komercjalizacji między konkurentami, które nie ograniczają konkurencji ze względu na cel, będą miały skutki ograniczające konkurencję zasadniczo tylko wówczas, gdy strony porozumienia posiadają pewien stopień władzy rynkowej. W większości takich przypadków istnienie władzy rynkowej nie jest prawdopodobne, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 15 % na rynku lub rynkach, na których wspólnie komercjalizują one produkty objęte porozumieniem. W każdym razie, jeżeli łączny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, przedmiotowe porozumienie spełnia prawdopodobnie warunki określone w art. 101 ust. 3.
340. Jeśli łączny udział stron w rynku przekracza 15 %, nie można założyć, że ich porozumienie nie będzie miało skutków ograniczających konkurencję, a zatem należy ocenić prawdopodobny wpływ porozumienia o wspólnej komercjalizacji na rynek właściwy lub rynki właściwe.

5.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

5.3.1. Przyrost wydajności

341. Porozumienia o komercjalizacji mogą prowadzić do znaczącego przyrostu wydajności. Przyrost wydajności, który należy uwzględnić przy ocenie, czy porozumienie o komercjalizacji spełnia warunki zawarte w art. 101 ust. 3, będzie zależał od charakteru współpracy i od stron współpracy. Ustalanie cen zasadniczo nie może być uzasadnione, chyba że jest ono konieczne do integracji innych funkcji związanych z wprowadzaniem do obrotu i taka integracja generuje znaczny przyrost wydajności. Wspólna dystrybucja może generować znaczny przyrost wydajności wynikający z korzyści skali lub zakresu, szczególnie w przypadku małych producentów lub grup niezależnych detalistów, na przykład w przypadku korzystania przez nich z nowych platform dystrybucyjnych w celu konkurowania z większymi podmiotami gospodarczymi. Wspólną dystrybucję można w szczególności wykorzystać do osiągnięcia celów środowiskowych, które mogą stanowić przyrost wydajności w rozumieniu art. 101 ust. 3, pod warunkiem że są one obiektywne, konkretne i możliwe do sprawdzenia⁽²²¹⁾. Porozumienia o komercjalizacji mogą również przyczyniać się do odporności rynku wewnętrznego i generować przyrost wydajności z korzyścią dla konsumentów dzięki ograniczeniu zależności lub łagodzeniu niedoborów i zakłóceń w łańcuchach dostaw, na przykład gdy umożliwiają jednej ze stron wejście na rynek, na który nie byłaby ona w stanie wejść samodzielnie.
342. Przyrost wydajności musi wynikać z integracji działalności gospodarczej stron. Oszczędności będące jedynie wynikiem eliminacji kosztów, które są nieodłączną częścią konkurencji, nie mogą być brane pod uwagę. Na przykład zmniejszenie kosztów transportu, które jest wyłącznie wynikiem podziału klientów i któremu nie towarzyszy jakakolwiek integracja systemów logistycznych stron, nie może zostać uznane za przyrost wydajności w rozumieniu art. 101 ust. 3.

⁽²¹⁸⁾ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89.

⁽²¹⁹⁾ Zob. również sekcja 1.2.6 dotycząca ograniczeń dodatkowych.

⁽²²⁰⁾ Zob. także pkt 6.

⁽²²¹⁾ Zob. w szczególności rozdział 9 pkt 559 dotyczący porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju.

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

5.3.2. *Niezbędność*

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

5.3.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*

345. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie o komercjalizacji. Przeniesienie to może mieć formę 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 %, jest bardziej prawdopodobne, że każdy przyrost wydajności wynikający z porozumienia będzie w wystarczającym stopniu przeniesiony na konsumentów.

5.3.4. *Nieeliminowanie konkurencji*

346. Warunki zawarte w art. 101 ust. 3 nie mogą zostać spełnione, jeżeli strony zyskują możliwość eliminowania konkurencji w stosunku do znaczącej części danych produktów. Zgodność z tym warunkiem należy ocenić w odniesieniu do wszystkich rynków właściwych, a mianowicie rynków, do których należą produkty objęte współpracą, oraz wszystkich rynków dotkniętych skutkami ubocznymi.

5.4. **Konsorcja wspólnie składające ofertę**

347. Termin „konsorcjum wspólnie składające ofertę” odnosi się do sytuacji, w której co najmniej dwie strony współpracują w celu złożenia wspólnej oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub prywatnego ⁽²²²⁾.

348. Na potrzeby niniejszej sekcji konsorcja wspólnie składające ofertę należy odróżnić od zmwów przetargowych, czyli nielegalnych porozumień między podmiotami gospodarczymi mających na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zmowa przetargowa jest jednym z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, stanowiącym ograniczenie ze względu na cel i może przybierać różne formy, takie jak uzgadnianie z wyprzedzeniem treści ofert poszczególnych stron (zwłaszcza ceny) w celu wpłynięcia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, powstrzymywanie się od składania ofert, podział rynku w oparciu o kryterium geograficzne, instytucję zamawiającą lub przedmiot zamówienia, czy też tworzenie systemów rotowania dla szeregu postępowań. Celem wszystkich tych praktyk jest umożliwienie określonego wcześniej oferentowi zdobycia zamówienia przy jednoczesnym stworzeniu wrażenia, że postępowanie jest rzeczywiście konkurencyjne ⁽²²³⁾. Z punktu widzenia prawa konkurencji zmowa przetargowa jest formą kartelu polegającą na manipulowaniu postępowaniami przetargowymi organizowanymi w ramach udzielania zamówienia ⁽²²⁴⁾.

⁽²²²⁾ Współpraca przy składaniu ofert może być realizowana albo w drodze podwykonawstwa, gdy oficjalny oferent zgadza się, że w przypadku udzielenia mu zamówienia zleci podwykonawstwo części działań innemu podmiotowi lub kilku innym podmiotom, albo za pośrednictwem konsorcjum, gdy wszyscy partnerzy konsorcjum wspólnie uczestniczą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wykorzystując do tego celu zazwyczaj podmiot prawny utworzony specjalnie do celów tego postępowania. Z punktu widzenia zamówień publicznych różnica między podwykonawstwem a konsorcjum polega na tym, że w pierwszym przypadku główny wykonawca może nie być zobowiązany do natychmiastowego ujawnienia nazw podwykonawców, natomiast w przypadku konsorcjum nazwy członków konsorcjum są od razu zgłaszane organizatorowi postępowania. Z punktu widzenia prawa konkurencji zarówno w przypadku podwykonawstwa, jak i konsorcjów oferty są składane wspólnie. W niniejszej sekcji dla uproszczenia stosowany będzie termin „konsorcjum wspólnie składające ofertę”, a nie termin „wspólne składanie oferty”. Należy ponadto rozróżnić sytuacje, w których (i) podwykonawstwo jest uzgodnione przed złożeniem oferty, oraz w których (ii) podwykonawstwo jest uzgadniane i zawierane po udzieleniu zamówienia. Zazwyczaj tylko w pierwszej sytuacji podwykonawstwo oznacza wspólne składanie ofert, a w niektórych sytuacjach stanowi formę zmowy przetargowej.

⁽²²³⁾ *Zawiadomienie Komisji w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmwów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową* (Dz.U. C 91 z 18.3.2021, s. 1).

⁽²²⁴⁾ Wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10, pkt 35.

349. Zmowa przetargowa na ogół nie wiąże się ze wspólnym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zazwyczaj polega ona na ukrytym lub milczącym porozumieniu między potencjalnymi uczestnikami, mającym na celu koordynację ich pozornie niezależnych decyzji dotyczących uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niektórych przypadkach rozróżnienie między znową przetargową a zgodnymi z prawem formami wspólnego składania ofert nie jest jednak proste, zwłaszcza w przypadku podwykonawstwa. Przykładowo przypadki, w których dwóch oferentów występuje względem siebie wzajemnie w charakterze podwykonawców, można uznać za przesłankę świadczącą o wystąpieniu znowy, zważywszy na fakt, że w ramach takich porozumień o podwykonawstwie strony mogą zazwyczaj zapoznać się ze składanymi przez siebie ofertami finansowymi, co podaje w wątpliwość niezależność stron w kwestii opracowywania swoich własnych ofert. Nie istnieje jednak ogólne domniemanie, że podwykonawstwo między oferentami uczestniczącymi w tym samym postępowaniu stanowi znowę między zainteresowanymi przedsiębiorstwami ⁽²²⁵⁾.
350. Porozumienia konsorcjum przetargowego mogą wiązać się ze znacznym stopniem integracji zasobów i działań stron w celu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy w ramach działań objętych zamówieniem uwzględnione są formy wspólnej produkcji. W sytuacjach, w których wspólna komercjalizacja ma charakter dodatkowy w stosunku do integracji działalności produkcyjnej stron (wspólna produkcja), środkiem ciężkości porozumienia jest działalność produkcyjna, więc ocenę wpływu na konkurencję należy przeprowadzić z wykorzystaniem zasad i wskazówek mających zastosowanie do porozumień o wspólnej produkcji. W takich sytuacjach ustalanie cen produktów lub usług objętych porozumieniem zasadniczo nie jest uznawane za ograniczenie ze względu na cel i konieczna będzie ocena pod kątem ograniczenia ze względu na skutek (zob. pkt 223 dotyczący porozumień produkcyjnych).
351. Porozumienia konsorcjum przetargowego obejmujące głównie lub wyłącznie wspólną komercjalizację należy jednak zasadniczo uważać za porozumienia o komercjalizacji, a zatem należy je oceniać zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozdziale.
352. Porozumienie konsorcjum przetargowego – bez względu na jego kwalifikację prawną – nie będzie ograniczać konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, jeśli umożliwia stronom udział w projektach, których realizacji nie byłyby w stanie podjąć się indywidualnie. W ramach takiego scenariusza strony porozumienia konsorcjum przetargowego nie są ani rzeczywistymi, ani potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku stron porozumienia konsorcjum przetargowego świadczących różne usługi, które są komplementarne względem celów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Taka sytuacja może mieć miejsce również wówczas, gdy strony porozumienia konsorcjum przetargowego, mimo że wszystkie działają na tych samych rynkach, nie mogą zrealizować projektu indywidualnie, na przykład ze względu na wielkość projektu lub jego złożoność.
353. Ocena tego, czy strony są w stanie konkurować w postępowaniu o udzielenie zamówienia indywidualnie i są tym samym konkurentami, zależy przede wszystkim od wymogów przewidzianych w zasadach przetargu. Sama teoretyczna możliwość prowadzenia samodzielnie działań objętych zamówieniem nie czyni jednak stron automatycznie konkurentami: należy ocenić, czy każda ze stron ma realną zdolność do samodzielnego wykonania zamówienia, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy, takie jak wielkość i możliwości przedsiębiorstwa, poziom ryzyka finansowego wynikającego z projektu, jak również poziom inwestycji wymaganych do realizacji projektu, a także obecne i przyszłe możliwości przedsiębiorstwa oceniane w świetle wymogów związanych z zamówieniem ⁽²²⁶⁾.
354. Jeżeli postępowania o udzielenie zamówienia przewidują możliwość składania ofert na części zamówienia, przedsiębiorstwa, które mają zdolność do złożenia oferty na co najmniej jedną część – ale przypuszczalnie nie na całe zamówienie – należy uważać za konkurentów i co do zasady zastosowanie ma art. 101 ust. 1. W takich sytuacjach przedsiębiorstwa często uzasadniają swoją współpracę w ramach porozumienia konsorcjum przetargowego tym, że umożliwia im ono złożenie oferty na całe zamówienie, a tym samym zaoferowanie łącznego rabatu na całe zamówienie. Nie zmienia to jednak faktu, że strony są konkurentami w odniesieniu do co najmniej części postępowania o udzielenie zamówienia i w związku z tym zastosowanie ma art. 101 ust. 1. Wszelki przyrost wydajności wskazywany w odniesieniu do wspólnej oferty dotyczącej całego zamówienia należy oceniać zgodnie z warunkami określonymi w art. 101 ust. 3.
355. Jeżeli nie można wykluczyć, że każda ze stron porozumienia konsorcjum przetargowego mogłaby uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia indywidualnie (lub jeżeli stron porozumienia konsorcjum przetargowego jest więcej niż to konieczne), wspólna oferta może ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Może to mieć miejsce nawet wówczas, gdy tylko jedna ze stron porozumienia jest w stanie złożyć ofertę indywidualnie.

⁽²²⁵⁾ Zawiadomienie Komisji w sprawie narzędzi służących zwalczaniu znowy przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową, sekcja 5.6.

⁽²²⁶⁾ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) Ltd i in./Competition and Markets Authority, C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 39.

356. Ogólnie rzecz biorąc, w przypadkach, w których art. 101 ust. 1 ma zastosowanie do wspólnego składania oferty, konieczne jest przeprowadzenie indywidualnej oceny porozumienia konsorcjum przetargowego z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników, w tym pozycji stron na rynku właściwym, liczby i pozycji rynkowej pozostałych prawdopodobnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, treści porozumienia konsorcjum przetargowego, produktów lub usług objętych porozumieniem oraz warunków rynkowych.
357. Ograniczenie to może kwalifikować się jako ograniczenie ze względu na cel lub ze względu na skutek w zależności od treści porozumienia i szczególnych okoliczności danej sprawy. W ujęciu ogólnym i w przypadku konsorcjów wspólnie składających ofertę, które należy uznać za porozumienia o komercjalizacji, zastosowanie mają uwagi przedstawione w pkt 328–340. Ponadto:
- a) w okolicznościach, w których (co najmniej) dwie strony są w stanie złożyć ofertę indywidualnie i nie ma znacznego stopnia integracji zasobów i działalności stron, wspólna oferta oznaczałaby co do zasady ograniczenie ze względu na cel, ponieważ obejmuje ona ustalanie cen między konkurentami, a postanowienie to nie wydaje się mieć charakteru dodatkowego w stosunku do rzeczywistej współpracy między stronami;
 - b) w przypadku gdy stron porozumienia konsorcjum przetargowego jest więcej niż to konieczne, jeżeli tylko jedna strona mogłaby złożyć ofertę indywidualnie, co do zasady sam fakt, że stron jest więcej niż to konieczne, może nie być wystarczający do stwierdzenia ograniczenia ze względu na cel, ponieważ możliwe jest, że strony mogą nie być rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami. Mogłyby jednak istnieć inne powody, dla których takie porozumienie konsorcjum przetargowego zostałoby uznane za ograniczenie ze względu na cel, np. jeżeli strona, która mogłaby złożyć ofertę indywidualnie, zawiera porozumienie o wspólnym składaniu oferty z co najmniej jedną inną stroną w konkretnym celu polegającym na uniemożliwieniu złożenia konkurencyjnej wspólnej oferty przez te inne strony, nawet wspólnie z osobą trzecią;
 - c) w przypadku gdy nie zachodzi ograniczenie ze względu na cel, to jeżeli chodzi o skutki antykonkurencyjne, kwestia, czy tego rodzaju wspólne oferty mogą ograniczać konkurencję, zależy od szczegółowej oceny m.in. tego, jak wyglądałaby w najbardziej realistyczny sposób konkurencja bez zawarcia danego porozumienia konsorcjum przetargowego;
 - d) jedynie informacje absolutnie konieczne do opracowania oferty i wykonania zamówienia powinny być wymieniane między członkami konsorcjum. Co więcej obieg informacji powinien być ograniczony do odpowiednich pracowników na zasadzie ograniczonego dostępu.
358. W każdym razie porozumienie konsorcjum przetargowego między konkurentami, do którego zastosowanie ma art. 101 ust. 1, może spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3. Potencjalny przyrost wydajności może przybierać formę niższych cen, ale także lepszej jakości, większego wyboru lub szybszej realizacji produktów lub usług, których dotyczy zaproszenie do składania ofert. Ponadto muszą być spełnione pozostałe warunki określone w art. 101 ust. 3 (niezbędność, przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów i nieeliminowanie konkurencji). W postępowaniach o udzielenie zamówienia warunki te są często ze sobą powiązane: przyrost wydajności wynikający ze złożenia wspólnej oferty w ramach porozumienia konsorcjum przetargowego jest łatwiejszy do przeniesienia na konsumentów – w postaci niższych cen lub lepszej jakości oferty – jeśli konkurencja w odniesieniu do udzielenia zamówienia nie jest wyeliminowana, a inni faktyczni konkurenci biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
359. Zasadniczo warunki określone w art. 101 ust. 3 mogą być spełnione, jeśli wspólne składanie oferty umożliwia stronom złożenie oferty, która jest bardziej konkurencyjna – pod względem cen lub jakości – niż oferty, które złożyłyby one samodzielnie, a korzyści dla podmiotu zamawiającego i konsumentów końcowych przewyższają ograniczenia konkurencji. Przyrost wydajności musi zostać przeniesiony na konsumentów; nie będzie on spełniał warunków określonych w art. 101 ust. 3, jeżeli przyniesie korzyści wyłącznie stronom porozumienia konsorcjum przetargowego.

5.5. **Przykłady**

360. 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 biuram), zachowując przy tym własną niezależność i swobodę konkurencji o lokalnych klientów indywidualnych. W celu ukierunkowania się na nowy segment popytu (klientów instytucjonalnych) przedsiębiorstwa te utworzyły wspólną markę i ustanowiły wspólne ceny i standardowe warunki, w tym dotyczące harmonogramu dostaw i maksymalnego czasu dostawy wynoszącego 24 godziny. 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 eliminuje 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 nowej kategorii klientów, co wymaga dłuższych godzin otwarcia i świadczenia usług na większym obszarze geograficznym. Do zapewnienia rentowności projektu konieczne jest zawarcie porozumienia przez wszystkie cztery przedsiębiorstwa. Rynek jest bardzo rozdrobniony – udział zadnego 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 zasadniczo ma zastosowanie. Ponieważ strony prowadzą działalność w dużym mieście położonym blisko granicy z innym państwem członkowskim, zakłada się, że będzie to miało wpływ na handel między państwami członkowskimi. Strony nie byłyby jednak w stanie świadczyć usług pralniczych klientom instytucjonalnym ani pojedynczo, ani we współpracy z mniejszą liczbą stron niż te cztery uczestniczące w porozumieniu. Ponieważ ograniczenie dotyczące ustalania cen można uznać za niezbędne dla promocji wspólnej marki i powodzenia projektu, ograniczenie to wydaje się mieć charakter dodatkowy w stosunku do głównego celu porozumienia, który nie jest antykonkurencyjny, i ogólnie rzecz biorąc, nie powodowałoby problemów w zakresie konkurencji.

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

Przykład 2

Sytuacja: Zachodzą te same okoliczności co w przykładzie 1, pkt 360, ale istnieje jedna zasadnicza różnica: aby zapewnić rentowność projektu, porozumienie mogłoby zostać zrealizowane przez tylko trzy strony (zamiast czterech rzeczywiście uczestniczących we współpracy).

Analiza: Mimo że łączny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, art. 101 ust. 1 ma zastosowanie z tych samych powodów, które przedstawiono powyżej w przykładzie 1. Porozumienie mogłoby zostać zrealizowane przez mniej niż cztery strony. Ponieważ jednak żadna ze stron nie mogłaby zrealizować projektu samodzielnie, fakt, że stron jest więcej niż to konieczne, może nie wystarczyć do stwierdzenia ograniczenia ze względu na cel, chyba że celem porozumienia jest uniemożliwienie podjęcia konkurencyjnej inicjatywy z udziałem jednej ze stron. Jeśli chodzi o ewentualne skutki ograniczające, konieczne jest przeprowadzenie analizy scenariusza alternatywnego. W każdym razie można dokonać oceny porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3. Porozumienie prowadzi do przyrostu wydajności, ponieważ strony mogą obecnie oferować lepsze usługi nowej kategorii klientów na większą skalę (do czego nie byłyby zdolne, gdyby świadczyły usługi indywidualnie). Ponieważ wspólny udział stron w rynku nie przekracza 15 %, strony prawdopodobnie w wystarczającym stopniu przeniosą przyrost wydajności na konsumentów. Należy następnie rozważyć, czy ograniczenia wynikające z porozumienia są niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności i czy porozumienie eliminuje konkurencję. Biorąc pod uwagę fakt, że celem porozumienia jest świadczenie bardziej kompleksowych usług (w tym dowozu, który nie był wcześniej oferowany) dodatkowej kategorii klientów, pod jedną marką i na wspólnych standardowych warunkach, ustalenie 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), umożliwi zwiększenie mocy produkcyjnych i przyczynia się do jednoczesnego zaspokojenia popytu kilku klientów instytucjonalnych zgodnie ze standardowymi warunkami (tj. Z dochowaniem maksymalnego czasu dostawy). W takiej sytuacji korzyści z przyrostu wydajności prawdopodobnie przewyższą

skutki ograniczające konkurencję, jakie wynikają z ograniczenia konkurencji między stronami, i porozumienie prawdopodobnie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

362. Wspólna sprzedaż w internecie

Przykład 3

Sytuacja: Kilka małych specjalistycznych sklepów na terenie całego kraju tworzy elektroniczną infrastrukturę internetową mającą na celu promocję, sprzedaż i dostawę upominkowych koszy z owocami. Istnieje wiele konkurujących ze sobą sklepów internetowych mających porównywalny i ograniczony udział w rynku. Uczestniczące sklepy specjalistyczne dzielą między siebie koszty bieżące związane z tą infrastrukturą 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 lub zostaną odebrane w sklepie, i dokonują za nie płatności. Zamówienie jest następnie kierowane do specjalistycznego sklepu wybranego przez klienta lub, w przypadku braku wyraźnego wyboru, do sklepu położonego najbliżej adresu dostawy lub takiego, w którym klientowi najwygodniej będzie odebrać zamówienie. Każdy z tych sklepów specjalistycznych ponosi indywidualnie koszty przygotowania takiego kosza upominkowego i dostarczenia go klientowi lub umożliwienia odbioru w sklepie. Sklep zatrzymuje 90 % ceny końcowej, która jest ustalona przez infrastrukturę internetową i jednakowo stosuje się do wszystkich sklepów specjalistycznych należących do platformy, podczas gdy pozostałe 10 % przeznaczają się na wspólną promocję i na koszty bieżące sklepu internetowego. Poza uiszczeniem opłaty specjalistyczne sklepy na całym terytorium kraju nie podlegają żadnym dalszym ograniczeniom związanym z przystąpieniem do tej infrastruktury internetowej. Ponadto sklepy specjalistyczne, które posiadają 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. Klientom dokonującym zakupu w sklepie internetowym gwarantuje się dostawę kosza z owocami tego samego dnia lub odbiór fizycznie w sklepie stacjonarnym, a klienci mogą ponadto wybrać odpowiadającą im godzinę dostawy lub odbioru.

Analiza: Zakładając, że sklepy specjalistyczne są konkurentami, art. 101 ust. 1 ma zastosowanie, a biorąc pod uwagę, że porozumienie obejmuje ustalanie cen, prawdopodobnie ogranicza ono konkurencję ze względu na cel. Należy zatem dokonać oceny porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3. Wszystkie sklepy specjalistyczne uczestniczące we współpracy to małe sklepy i zrozumiałe jest, że nie byłyby one w stanie konkurować na poziomie krajowym z innymi sklepami internetowymi. Porozumienie mogłoby powodować przyrost wydajności, ponieważ zapewnia większy wybór i wyższą jakość usług, a także redukcję kosztów poszukiwania, co przynosi korzyść konsumentom i prawdopodobnie przewyższa skutki ograniczające konkurencję wynikające z porozumienia. Biorąc pod uwagę fakt, że współpracujące sklepy specjalistyczne nadal mają możliwość prowadzenia niezależnej sprzedaży i konkurowania ze sobą zarówno poprzez swoje sklepy stacjonarne, jak i przez internet, ograniczenia dotyczące ustalania cen obowiązujące jedynie w odniesieniu do sklepu internetowego można uznać za niezbędne do promocji produktu (ponieważ dokonując zakupu za pośrednictwem sklepu internetowego, konsument 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 warunki określone w art. 101 ust. 3. Ponadto z uwagi na to, że istnieją inne znaczące konkurencyjne sklepy internetowe, a strony nadal konkurują ze sobą poprzez swoje sklepy stacjonarne lub przez internet, konkurencja nie zostanie wyeliminowana.

363. 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 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 przebiegacz 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 byłyby spełnione.

364. Platforma dystrybucji mediów

Przykład 5

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

Analiza: Biorąc pod uwagę udział podmiotów A i B w krajowym rynku telewizyjnym oraz dużą bibliotekę praw audiowizualnych, zarówno nadawca A, jak i nadawca B mogliby uruchomić platformę wideo na żądanie niezależnie. W związku z tym są oni potencjalnymi konkurentami na powstającym konsumenckim rynku wideo na żądanie. Ponieważ porozumienie zmniejsza motywację stron do samodzielnego wejścia na rynek, art. 101 ust. 1 ma zastosowanie. Porozumienie eliminuje ponadto konkurencję cenową między tymi dwoma nadawcami i wiąże się z koordynacją ustalania cen za usługi wideo na żądanie. W związku z tym porozumienie stanowi co do zasady ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Jeżeli chodzi o zastosowanie art. 101 ust. 3, nie wydaje się, by korzyści wynikające z szerszej oferty wideo na żądanie i uproszczonego przeglądania treści przewyższały negatywne skutki dla konkurencji, które będą odczuwalne, biorąc pod uwagę działalność i pozycję rynkową zaangażowanych przedsiębiorstw. Ponadto ograniczenia nie wydają się niezbędne do osiągnięcia wspomnianego przyrostu wydajności, ponieważ taki przyrost można uzyskać również dzięki otwartej platformie i współpracy czysto technicznej. Podsumowując, wydaje się, że porozumienie nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3.

365. Konsorcja wspólnie składające ofertę

Przykład 6

Sytuacja: Przedsiębiorstwa A i B są konkurentami w zakresie dostawy specjalistycznych produktów medycznych dla szpitali. Postanawiają zawrzeć porozumienie konsorcjum przetargowego, aby składać wspólne oferty w szeregu przetargów organizowanych przez krajowy system opieki zdrowotnej w państwie członkowskim na dostawy pochodnych osocza do szpitali publicznych. Kryterium udzielenia zamówienia jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, uwzględniająca równowagę między ceną a jakością. Dodatkowe punkty przyznaje się w szczególności w przypadku, gdy oferta obejmuje szereg produktów opcjonalnych. Oba przedsiębiorstwa A i B mogłyby konkurować w przetargach indywidualnie, na podstawie wymogów zawartych w zasadach przetargowych. Oba przedsiębiorstwa A i B konkurowały już bowiem indywidualnie w jednym z podobnych przetargów, rozstrzygniętym na korzyść innego uczestnika, ponieważ indywidualne oferty A i B były gorsze pod względem ceny i jakości, w szczególności z powodu ograniczonej oferty produktów opcjonalnych. Co do zasady w przedmiotowych procedurach przetargowych bierze udział co najmniej dwóch innych uczestników.

Analiza: Ponieważ przedsiębiorstwa A i B mogłyby konkurować w przetargach indywidualnie, ich wspólne uczestnictwo może ograniczać konkurencję i art. 101 ust. 1 ma zastosowanie. Należy zatem dokonać oceny porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3. Mając na uwadze wynik poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia, w ramach którego strony konkurowały osobno, wydaje się, że wspólna oferta byłaby bardziej konkurencyjna niż oferty indywidualne zarówno pod względem ceny, jak i zakresu oferowanych produktów, w szczególności produktów opcjonalnych, co ma szczególne znaczenie dla organu zamawiającego. Porozumienie konsorcjum przetargowego wydaje się niezbędne, aby zaangażowane strony mogły złożyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia oferty naprawę konkurencyjne w porównaniu z ofertami składanymi przez innych uczestników. Przyjmuje się, że strony będą w stanie wykazać, że wspólne składanie oferty stwarza znaczny stopień synergii, który może spowodować przyrost wydajności – w postaci niższych cen i wyższej jakości – co z kolei prowadzi do bardziej konkurencyjnej oferty. Konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest wyeliminowana, ponieważ w danym postępowaniu jest w stanie wziąć udział co najmniej dwóch innych odpowiednich konkurentów. Oznacza to, że przyrost wydajności wynikający ze wspólnej oferty może przynieść korzyści podmiotowi zamawiającemu i ostatecznie konsumentom. W związku z tym wydaje się, że porozumienie spełnia warunki określone w art. 101 ust. 3.

6. WYMIANA INFORMACJI

6.1. Wprowadzenie

366. W niniejszym rozdziale przedstawiono wskazówki dotyczące oceny wymiany informacji pod kątem konkurencji⁽²²⁷⁾. Wymiana informacji może przybierać różne formy i występować w różnych kontekstach.
367. Do celów niniejszego rozdziału wymiana informacji obejmuje wymianę (i) surowych, nieuporządkowanych treści cyfrowych, które mogą wymagać przetworzenia na potrzeby uczynienia ich użytecznymi (surowe dane); (ii) wstępnie przetworzonych danych, które zostały już przygotowane i zatwierdzone; (iii) danych, które zostały zmanipulowane w celu przedstawienia istotnych informacji w dowolnej formie, jak również (iv) wszelkich innych rodzajów informacji, w tym informacji innych niż cyfrowe. Obejmuje ona fizyczne udostępnianie sobie nawzajem informacji i danych cyfrowych przez faktycznych lub potencjalnych konkurentów⁽²²⁸⁾. W niniejszym rozdziale termin „informacje” obejmuje wszystkie rodzaje danych i informacji określone w ppkt (i)–(iv).
368. Informacje mogą być wymieniane bezpośrednio między konkurentami (w formie jednostronnego ujawniania lub dwu- lub wielostronnej wymiany) lub pośrednio przez stronę trzecią lub za pośrednictwem strony trzeciej (takiej jak usługodawca, platforma, narzędzie internetowe lub algorytm), lub za pośrednictwem wspólnego podmiotu (na przykład stowarzyszenia handlowego), organizacji zajmującej się badaniami rynku, dostawców lub klientów stron uczestniczących w wymianie bądź strony internetowej lub komunikatu prasowego. Wymiana może odbywać się między przedsiębiorstwami, które konkurują w odniesieniu do tej samej marki (konkurencja wewnątrzmarkowa) lub między przedsiębiorstwami, które konkurują pod różnymi markami (zewnętrzna konkurencja międzymarkowa). Niniejszy rozdział ma zastosowanie zarówno do bezpośrednich, jak i pośrednich form wymiany informacji, a także wymiany informacji między konkurentami uczestniczącymi w konkurencji wewnątrzmarkowej i międzymarkowej.
369. Wymiana informacji może odbywać się w kontekście innego rodzaju horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, na przykład porozumienia o wspólnych zakupach, porozumienia o wspólnej produkcji lub porozumienia o wspólnej komercjalizacji. W przypadku gdy to porozumienie kooperacyjne nie jest objęte zakazem określonym w art. 101 ust. 1 z uwagi na to, że ma ono neutralne lub pozytywne skutki dla konkurencji, wymiana informacji, która ma charakter dodatkowy w stosunku do tego porozumienia, również nie jest objęta tym zakazem. Będzie tak w przypadku, gdy wymiana informacji jest obiektywnie konieczna do realizacji porozumienia kooperacyjnego i jest proporcjonalna do jego celów (zob. również sekcja 1.2.6)⁽²²⁹⁾. Jeżeli wymiana informacji wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji porozumienia kooperacyjnego, lub nie jest proporcjonalna do jego celów, wówczas musi być oceniana zgodnie z wytycznymi podanymi w niniejszym rozdziale⁽²³⁰⁾. Jeżeli sama wymiana informacji stanowi główny przedmiot współpracy, wówczas do celów oceny tego,

⁽²²⁷⁾ W zakresie, w jakim wymieniane informacje stanowią w całości lub w części dane osobowe, niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla przepisów prawa Unii dotyczącego ochrony danych, w szczególności rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U. L 119 z 4.5.2016, s.1). Żaden przepis niniejszych wytycznych nie powinien być stosowany ani interpretowany w sposób osłabiający lub ograniczający prawo do ochrony danych osobowych.

⁽²²⁸⁾ Termin udostępnianie danych jest stosowany do opisanego wszystkich możliwych form i modeli dostępu do danych i ich przekazywania między przedsiębiorstwami. Obejmuje on również zbiory danych, w przypadku których właściciele danych tworzą grupy w celu udostępniania danych.

⁽²²⁹⁾ Wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard/Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89.

⁽²³⁰⁾ Zob. także pkt 6.

czy współpraca ogranicza konkurencję, pierwszeństwo mają wskazówki podane w niniejszym rozdziale. Jeżeli wymiana informacji jest objęta zakresem art. 101 ust. 1, może ona nadal spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3.

370. W odniesieniu do wymiany informacji w kontekście porozumienia wertykalnego, w przypadku którego informacje są wymieniane między dostawcą a nabywcą, można skorzystać z przywileju wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu VBER⁽²³¹⁾. Będzie to miało miejsce, jeżeli wymieniane informacje są bezpośrednio związane z wdrażaniem porozumienia wertykalnego między tymi stronami i są niezbędne do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem.
371. Informacje mogą być również wymieniane w kontekście procesu przejmowania. W takich przypadkach, w zależności od okoliczności, wymiana może podlegać przepisom rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw⁽²³²⁾. Wszelkie postępowanie ograniczające konkurencję, które nie jest bezpośrednio związane z przejęciem kontroli i niezbędne do jego przeprowadzenia, nadal podlega art. 101. Ocena taka musi być dokonywana w trakcie całego procesu przejmowania, ponieważ to, co jest bezpośrednio związane z przejęciem i niezbędne do jego przeprowadzenia, może zależeć od tego, na jakim etapie znajduje się proces przejmowania.
372. Wymiana informacji może mieć miejsce również w kontekście inicjatyw regulacyjnych. W przypadku gdy przedsiębiorstwa są zachęcane przez prawo lub organy publiczne do udostępniania informacji innym przedsiębiorstwom lub gdy mają swobodę decydowania o tym, jakie informacje udostępnią innym przedsiębiorstwom, art. 101 nadal ma zastosowanie. W praktyce oznacza to, że przedsiębiorstwa podlegające wymogom regulacyjnym nie mogą wykorzystywać tych wymogów jako środka do naruszenia art. 101. Powinny one ograniczyć zakres wymiany informacji do tego, co jest wymagane na podstawie mającego zastosowanie rozporządzenia, i mogą być zmuszone do wdrożenia środków ostrożności w przypadku wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych.

Rozporządzenie unijne może na przykład przewidywać możliwość wymiany informacji między przedsiębiorstwami w celu uniknięcia lub ograniczenia konieczności przeprowadzania badań na zwierzętach lub w celu ograniczenia kosztów badań. Taka wymiana podlega zastosowaniu art. 101. Przedsiębiorstwa uczestniczące w wymianie przewidzianej w takim rozporządzeniu nie mogą zatem wymieniać szczególnie chronionych informacji handlowych, które ujawniają ich strategię rynkową, ani informacji technicznych, które wykraczają poza wymogi rozporządzenia. Przedsiębiorstwa mogą być w stanie ograniczyć częstotliwość wymiany, aby informacje były w mniejszym stopniu szczególnie chronionymi informacjami handlowymi. W miarę możliwości należy stosować informacje zagregowane lub zakresy, by uniknąć wymiany szczegółowych danych lub danych, które można przypisać poszczególnym przedsiębiorstwom. Przedsiębiorstwa mogą również rozważyć skorzystanie z usług niezależnego usługodawcy będącego osobą trzecią („powiernik”), który będzie gromadził informacje z kilku źródeł na podstawie umów o poufności, a następnie zestawi, zweryfikuje i zagreguje dane w celu stworzenia kompleksowego zbioru danych, który zostanie udostępniony uczestnikom i w przypadku którego nie będzie możliwe przypisanie identyfikowalnych danych do poszczególnych przedsiębiorstw.

6.2. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

6.2.1. Wprowadzenie

373. Wymiana informacji jest wspólną cechą wielu konkurencyjnych rynków, a jej skutkiem mogą być różnego rodzaju korzyści wynikające z przyrostu wydajności. Może ona eliminować problem asymetrii informacji⁽²³³⁾, dzięki czemu rynki stają się bardziej wydajne. W ostatnich latach udostępnianie danych zyskało na znaczeniu jako środek świadomego podejmowania decyzji, na przykład dzięki wykorzystaniu technik analizy dużych

⁽²³¹⁾ Zob. art. 2 ust. 1 i 5 rozporządzenia Komisji (UE) 2022/720 z dnia 10 maja 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. L 134 z 11.5.2022, s. 4). Aby zapoznać się z niewyczerpującym wykazem przykładów informacji, które – w zależności od szczególnych okoliczności – mogą być bezpośrednio związane z wdrażaniem porozumienia wertykalnego i niezbędne do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem, zob. pkt 99 komunikatu Komisji dotyczącego wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.U. C 248 z 30.6.2022, s. 1). Jeżeli strony porozumienia wertykalnego, które spełnia warunki określone w art. 2 ust. 4 lit. a) lub b) rozporządzenia (UE) 2022/720, wymieniają informacje, które nie są bezpośrednio związane z wdrażaniem ich porozumienia wertykalnego albo nie są niezbędne do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem lub które nie spełniają żadnego z tych dwóch warunków, wymiana informacji musi być oceniana indywidualnie na podstawie art. 101 Traktatu i przy pomocy niniejszych wytycznych.

⁽²³²⁾ Art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1). Zob. także komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji (Dz.U. C 56 z 5.3.2005, s. 24). Zob. także wyrok z dnia 22 września 2021 r., Altice Europe/Komisja, T-425/18, EU:T:2021:607, pkt 239.

⁽²³³⁾ Ekonomiczna teoria asymetrii informacji zajmuje się badaniem decyzji podejmowanych w sytuacjach, w których jedna strona posiada więcej informacji niż druga.

zbiorów danych i uczenia się maszyn⁽²³⁴⁾. Ponadto przedsiębiorstwa mogą mieć możliwość osiągnięcia większej wydajności wewnętrznej poprzez porównywanie swoich wyników z najlepszymi praktykami innych przedsiębiorstw. Wymiana informacji może także pomóc przedsiębiorstwom w oszczędzaniu kosztów, na przykład dzięki ograniczaniu zapasów i umożliwieniu szybszej dostawy łatwo psujących się produktów do konsumentów. Wymiana informacji może umożliwić przedsiębiorstwom opracowywanie nowych lub lepszych produktów lub usług bądź szkolenie algorytmów na większą, bardziej znaczącą skalę. Co więcej, wymiana informacji może stanowić bezpośrednią korzyść dla konsumentów dzięki ograniczeniu kosztów poszukiwania produktu i poprawę wyboru.

374. Główna zasada konkurencji polega na tym, że każde przedsiębiorstwo samodzielnie określa swoje zachowanie gospodarcze na rynku właściwym. Zasada ta nie uniemożliwia przedsiębiorstwom inteligentnego dostosowywania się do istniejących lub oczekiwanych zachowań konkurentów lub do zwyczajowych warunków występujących na rynku. Zasada ta stanowi jednak, że przedsiębiorstwa powinny unikać kontaktów, tak bezpośrednich jak i pośrednich, które mogłyby wywrzeć wpływ na zachowanie rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta na rynku bądź doprowadzić do ujawnienia temu konkurentowi zachowania, które przedsiębiorstwo samo zdecydowało przyjąć na rynku lub którego przyjęcie rozważa, jeżeli celem lub skutkiem tych kontaktów jest stworzenie warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na rynku właściwym⁽²³⁵⁾.
375. Jak wskazano w pkt 14, wymiana informacji wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 tylko w przypadku, gdy stanowi ona przedmiot lub jest częścią przedmiotu porozumienia między przedsiębiorstwami, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw. Pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje – poza uzgodnieniem dokonany przez przedsiębiorstwa – zachowanie na rynku będące wynikiem tego uzgodnienia i związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nimi⁽²³⁶⁾. Jeżeli wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych między konkurentami odbywa się w celu wypracowania antykonkurencyjnego porozumienia, jest to wystarczające do tego, aby dowieść istnienia praktyki uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1. W tym względzie nie ma konieczności wykazywania, że ci konkurenci są formalnie zobowiązani do przyjęcia takiego czy innego zachowania czy też, że dokonali oni zmywu w odniesieniu do swojego przyszłego zachowania na rynku, bądź że konkurenci mieli w wymianie informacji interes handlowy⁽²³⁷⁾. Ponadto na potrzeby ustalenia wspomnianego powyżej związku przyczynowo skutkowego istnieje domniemanie wruszalne, że przy planowaniu swojego zachowania na rynku przedsiębiorstwa uczestniczące w praktyce uzgodnionej i nieprzerwanie działające na rynku uwzględniają informacje, które wymieniły ze swoimi konkurentami⁽²³⁸⁾.
376. Niniejszy rozdział skonstruowano w następujący sposób. W sekcji 6.2.2 przedstawiono dwa główne problemy w zakresie konkurencji związane z wymianą informacji. W sekcji 6.2.3 podano wskazówki dotyczące znaczenia charakteru wymienianych informacji w odniesieniu do oceny na podstawie art. 101 ust. 1. W sekcji 6.2.4 podano wskazówki dotyczące znaczenia cech wymiany. W sekcji 6.2.5 podano wskazówki dotyczące znaczenia cech rynku. Sekcja 6.2.6 obejmuje wymianę informacji, która ogranicza konkurencję ze względu na cel, a sekcja 6.2.7 dotyczy wymiany, która ogranicza konkurencję ze względu na skutek. W sekcji 6.3 zamieszczono wskazówki dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 do wymiany informacji, a na końcu rozdziału podano szereg przykładów, drzewo decyzyjne przedstawiające etapy samooceny oraz tabelę zawierającą zestawienie różnych scenariuszy wymiany informacji w sekcji 6.4.

6.2.2. Główne problemy w zakresie konkurencji wynikające z wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych⁽²³⁹⁾

6.2.2.1. Z m o w a

377. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może, poprzez sztuczne zwiększenie przejrzystości między konkurentami rynku, ułatwiać koordynację zachowania przedsiębiorstw i powodować ograniczenia konkurencji⁽²⁴⁰⁾. Po pierwsze, wymiana informacji może ułatwiać znowę, jeżeli umożliwia przedsiębiorstwu wskazanie konkurentom, za pomocą dowolnych środków, zachowania, które uznałoby ono za pożądaną do

⁽²³⁴⁾ Do udostępniania danych zachęca się również w europejskiej strategii w zakresie danych.

⁽²³⁵⁾ Wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 27 oraz wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 32–33.

⁽²³⁶⁾ Wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 39–40; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 126.

⁽²³⁷⁾ Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., Dole Food i Duravit i in./Komisja, C-609/13 P, EU:C:2017:46, pkt 135 oraz wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., HSBC Holdings i in./Komisja, C-883/19 P, EU:C:2023:11, pkt 123.

⁽²³⁸⁾ Wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., ICAP i in./Komisja, T-180/15, EU:T:2017:795, pkt 57; wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 51; wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 127 oraz wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., Hüls/Komisja, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 161–163.

⁽²³⁹⁾ Użycie zwrotu „główne problemy w zakresie konkurencji” oznacza, że przedstawiony opis problemów w zakresie konkurencji nie jest ani wyłączny, ani wyczerpujący.

⁽²⁴⁰⁾ Ma to miejsce zwłaszcza wówczas, gdy wymiana stanowi wsparcie innego antykonkurencyjnego mechanizmu. Zob.: wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., Duravit i in./Komisja, C-609/13 P, EU:C:2017:46, pkt 134; wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., Aalborg Portland i in./Komisja, sprawa C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 281.

- naśladowania przez tych konkurentów, lub zachowania, które przedsiębiorstwo samo przyjąłoby w odpowiedzi na zachowanie tych samych konkurentów ⁽²⁴¹⁾.
378. Po drugie, wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może sama w sobie umożliwiać przedsiębiorstwu dojście do porozumienia w sprawie warunków koordynacji, co może doprowadzić do powstania zмовy na rynku. Wymiana może powodować wzajemnie zgodne oczekiwania w odniesieniu do niepewności istniejącej na rynku. Na tej podstawie przedsiębiorstwa mogą następnie dojść do porozumienia w sprawie swojego zachowania na rynku, nawet bez zawierania wyraźnego porozumienia w kwestii koordynacji ⁽²⁴²⁾.
379. Po trzecie, wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może być stosowana jako środek do zwiększenia wewnętrznej stabilności porozumienia antykonkurencyjnego lub uzgodnionej praktyki. Wymiana informacji może spowodować przejrzystość rynku wystarczającą do tego, aby będące w zмовie przedsiębiorstwa mogły monitorować, czy inne przedsiębiorstwa odstępują od zмовy, i w ten sposób ustalić, kiedy podjąć działania odwetowe i przeciwko komu. Na potrzeby takiego monitorowania może być wykorzystywana wymiana zarówno danych bieżących, jak i danych z przeszłości. Może to umożliwić przedsiębiorstwom osiągnięcie zмовy na rynkach, na których w innym przypadku nie byłyby w stanie tego uczynić, lub może spowodować zwiększenie stabilności zмовy już istniejącej na rynku.

Przyrost wydajności mogą na przykład generować algorytmy. Przyrost ten może zmniejszyć koszty i bariery wejścia. Przedsiębiorstwa mogą na przykład niezależnie korzystać z algorytmów do monitorowania cen konkurentów oraz do kształtowania własnego sposobu ustalania cen. Algorytmy mogą być jednak wykorzystywane również do monitorowania (uprzednio istniejących) porozumień antykonkurencyjnych między konkurentami. W przypadku gdy algorytmy monitorowania cen są stosowane w ramach zмовy, mogą one zwiększyć przejrzystość rynku, pomagać w wykrywaniu odstępstw cenowych w czasie rzeczywistym oraz zwiększać skuteczność mechanizmów karania. Przedsiębiorstwa mogą korzystać także z algorytmów koordynacji zachowania w celu uzgadniania podstawowych parametrów konkurencji. Algorytmy stają się wówczas narzędziem ułatwiającym zмовę (zмовę za pomocą kodu). Zмова za pomocą kodu dotycząca podstawowych parametrów konkurencji jest zazwyczaj kartelem, a zatem stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, niezależnie od warunków rynkowych.

Podejście do algorytmów cenowych w ramach unijnego prawa konkurencji opiera się na dwóch istotnych zasadach.

Po pierwsze, jeżeli praktyki cenowe są nielegalne, gdy są realizowane poza internetem, istnieje duże prawdopodobieństwo, że będą nielegalne również wówczas, gdy będą realizowane w internecie.

Po drugie, przedsiębiorstwa zaangażowane w nielegalne praktyki cenowe nie mogą uniknąć odpowiedzialności tylko na podstawie tego, że ich ceny zostały określone przez algorytmy. Podobnie jak pracownik lub konsultant zewnętrzny pracuje pod „kierownictwem lub kontrolą” przedsiębiorstwa, tak i algorytm pozostaje pod kontrolą przedsiębiorstwa, a zatem odpowiedzialność ponosi przedsiębiorstwo, nawet jeśli jego działania były wynikiem korzystania z algorytmów.

380. Wymiana informacji może być również stosowana jako metoda do zwiększenia zewnętrznej stabilności porozumienia antykonkurencyjnego lub uzgodnionej praktyki. Wymiana, która powoduje wystarczającą przejrzystość rynku, może umożliwić będącym w zмовie przedsiębiorstwom monitorowanie, gdzie i kiedy inne przedsiębiorstwa próbują wejść na rynek, pozwalając w ten sposób uczestniczącym w zмовie przedsiębiorstwom na skupienie się na nowym uczestniku rynku.

6.2.2.2. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku

381. Oprócz ułatwiania zмовy wymiana informacji może również prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do tego samego rynku, na którym odbywa się ta wymiana, lub do rynku powiązanego ⁽²⁴³⁾.

⁽²⁴¹⁾ Wymiana informacji może zatem ułatwiać zмовę, przyczyniając się do wzajemnego zrozumienia schematu nagroda-kara, który jest charakterystyczny dla zмовy. Taka wymiana informacji może dotyczyć wymiany prywatnej albo publicznej. Na przykład, gdyby przedsiębiorstwo poinformowało prywatnie swoich konkurentów, że wszyscy oni powinni podnieść ceny, zmniejszyć sprzedaż lub moce produkcyjne bądź wspólnie podejmować decyzje biznesowe, bezsprzecznie wystąpiłby zamiar antykonkurencyjny. Skutek prawdopodobnie będzie podobny, jeżeli przedsiębiorstwo zamiast tego poinformuje o tym planie publicznie, chyba że można wykazać, iż z informacji skorzystają klienci, a nie tylko samo przedsiębiorstwo, jego konkurenci lub inwestorzy. Wynika to z faktu, że z wyższych zysków w ramach systemu zмовy korzyści odnoszą zazwyczaj przedsiębiorstwa, ich konkurenci i inwestorzy, natomiast klienci tracą.

⁽²⁴²⁾ Zob. na przykład wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., Campine i Campine Recykling/Komisja, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, pkt 305.

⁽²⁴³⁾ Informacje na temat obaw związanych z zamknięciem dostępu do rynku wynikających z porozumień wertykalnych znajdują się w pkt 18–22 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

382. Zamknięcie dostępu do tego samego rynku może wystąpić, gdy wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych powoduje, że konkurenci nieuczestniczący w tej wymianie znajdują się w znacznie gorszym położeniu konkurencyjnym niż przedsiębiorstwa, które w wymianie uczestniczą. Ten rodzaj zamknięcia dostępu do rynku jest możliwy, jeżeli przedmiotowe informacje mają strategiczne znaczenie dla konkurowania na rynku, a wymiana obejmuje znaczący udział w rynku właściwym. Może to mieć miejsce na przykład w przypadku inicjatyw w zakresie udostępniania danych, w ramach których udostępniane dane mają znaczenie strategiczne, dotyczą dużego udziału w rynku, a dostęp konkurentów do udostępnianych danych jest uniemożliwiony⁽²⁴⁴⁾.
383. Wymiana informacji może również prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku osobom trzecim na rynku powiązanym. Na przykład przedsiębiorstwa zintegrowane wertykalnie, które wymieniają informacje na rynku wyższego szczebla, mogą zdobyć władzę rynkową i zmówić się, aby podnieść cenę produktu wejściowego rynku niższego szczebla. W ten sposób mogą podnieść koszty swoich konkurentów na rynku niższego szczebla, co może spowodować antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku niższego szczebla. Ponadto przedsiębiorstwa, które stosują nieprzejrzyste i dyskryminujące warunki dostępu do udostępnianych informacji, mogą ograniczać zdolność osób trzecich do wykrywania tendencji w zakresie potencjalnych nowych produktów na rynkach powiązanych.

Kilka przedsiębiorstw świadczących usługi finansowe na rzecz konsumentów może na przykład założyć związek ze wspólną bazą danych zawierającą informacje o klientach. Wszyscy członkowie związku przekazują informacje do bazy danych i mają dostęp do danych, co pozwala im lepiej ocenić ryzyko związane ze świadczeniem usług finansowych nowym klientom. Wymiana informacji o klientach ułatwia członkom związku ocenę ryzyka związanego z tymi klientami. Może to ułatwiać wejście na rynek i tym samym być korzystne dla konsumentów. Celem takiej bazy danych nie jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

Wspólne bazy danych opisane powyżej mogą jednak skutkować ograniczeniem konkurencji w zależności od warunków ekonomicznych na rynkach właściwych oraz od szczególnych cech danej bazy danych. Do cech tych należą cel bazy danych oraz warunki dostępu do niej i jej współtworzenia, a także rodzaj wymienianych informacji (np. czy są to informacje publiczne czy poufne, zagregowane czy szczegółowe, historyczne, bieżące czy przyszłe, częstotliwość aktualizacji bazy danych oraz znaczenie informacji dla ustalania cen, wielkości lub warunków świadczenia usługi). Baza danych, która obejmuje znaczną część rynku właściwego, a do której odmawia się dostępu innym konkurentom lub opóźnia się ich dostęp, może spowodować asymetrię informacji, co stawia tych innych konkurentów w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z przedsiębiorstwami, które współtworzą bazę danych. Uczciwe, obiektywne, przejrzyste i niedyskryminacyjne kryteria dostępu mogą zmniejszyć problemy w zakresie konkurencji⁽²⁴⁵⁾.

6.2.3. Charakter wymienianych informacji

6.2.3.1. Szczególnie chronione informacje handlowe

384. Art. 101 ust.1 ma zastosowanie, jeżeli wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może wpłynąć na strategię handlową konkurentów, doprowadzając tym samym lub mogąc doprowadzić do powstania warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na rynku właściwym, przy uwzględnieniu charakteru produktów lub świadczonych usług, znaczenia i liczby przedsiębiorstw, jak również rozmiaru wspomnianego rynku⁽²⁴⁶⁾. Ma to miejsce w przypadku, gdy wymiana informacji zmniejsza niepewność co do funkcjonowania danego rynku⁽²⁴⁷⁾. Art. 101 ust. 1 ma zastosowanie niezależnie od tego, czy przedsiębiorstwa uczestniczące w wymianie uzyskują jakąś korzyść ze swojej współpracy. Dotyczy to informacji, których ochrona na rynkach, na których panuje efektywna konkurencja, jest dla przedsiębiorstwa istotna w celu utrzymania lub wzmocnienia jego pozycji konkurencyjnej na rynku.

⁽²⁴⁴⁾ W wyroku z dnia 23 listopada 2006 r., *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, w pkt 57–58 podkreślono znaczenie przeprowadzenia analizy podstawowej struktury rynku w celu ustalenia, czy ryzyko zamknięcia dostępu do rynku jest prawdopodobne. Zob. także: decyzja Komisji z dnia 30 czerwca 2022 r. w sprawie AT.40511, *Insurance Ireland*, w przypadku której uczestnicy wymiany odpowiadali za 98 % rynku właściwego.

⁽²⁴⁵⁾ Dostęp nie musi być bezpłatny. Można pobierać opłatę, o ile jest ona uczciwa, przejrzysta i niedyskryminacyjna. Osoby trzecie mogą być ponadto zobowiązane do tego, by same przekazywały dane do bazy danych. Zob. także: wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 60.

⁽²⁴⁶⁾ Dostęp do własnych danych przedsiębiorstwa, na przykład danych użytkowników generowanych w wyniku korzystania z platformy, nie kwalifikuje się jako wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych.

⁽²⁴⁷⁾ Wyrok z dnia 19 marca 2015 r., *Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 121 oraz wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., *HSBC Holdings i in./Komisja*, sprawa C-883/19, EU:C:2023:11, pkt 115.

385. Informacje na temat ustalania cen są co do zasady uznawane za szczególnie chronione informacje handlowe, a art. 101 ust. 1 może mieć zastosowanie, nawet jeżeli wymiana nie ma bezpośredniego wpływu na ceny uiszczane przez ostatecznych konsumentów ⁽²⁴⁸⁾. Do innych kategorii potencjalnych szczególnie chronionych informacji handlowych należą informacje na temat kosztów, zdolności produkcyjnych, produkcji, ilości, udziałów w rynku, klientów, planów wejścia na rynek lub jego opuszczenia bądź dotyczące innych istotnych elementów strategii przedsiębiorstwa, w przypadku których przedsiębiorstwa działające na rzeczywiście konkurencyjnym rynku nie miałyby powodu, by je sobie nawzajem ujawniać. Fakt, że wymieniane informacje mogą być nieprawidłowe lub wprowadzające w błąd, sam w sobie nie eliminuje ryzyka, że mogą one wpłynąć na zachowanie konkurentów na rynku ⁽²⁴⁹⁾.
386. Informacje, które co do zasady nie są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, obejmują na przykład informacje dotyczące takich kwestii jak: ogólne funkcjonowanie lub stan danej branży, polityka publiczna lub kwestie regulacyjne (które mogłyby zostać przykładowo użyte w branżowym PR lub inicjatywach lobbingsowych), niepoufne sprawy techniczne istotne dla całej branży, takie jak normy lub zagadnienia związane z bezpieczeństwem i higieną pracy, ogólna, niezastrzeżona technologia i związane z nią kwestie, takie jak parametry i przydatność określonego urządzenia (ale nie plany konkretnego przedsiębiorstwa dotyczące przyjęcia określonego urządzenia lub technologii), ogólne możliwości promocyjne istotne dla całej branży (ale nie plany promocyjne konkretnego przedsiębiorstwa). Obejmują one również niestrategiczne dane edukacyjne, techniczne lub naukowe, które przynoszą korzyści konsumentom oraz niestrategiczne informacje niezbędne do nawiązywania nowych partnerstw biznesowych między przedsiębiorstwami ⁽²⁵⁰⁾.
387. Przedsiębiorstwa mogą mieć uzasadnione powody, by informować swoich udziałowców lub akcjonariuszy, potencjalnych inwestorów lub opinię publiczną o sytuacji i wynikach swojej działalności. Ta chęć informowania osób trzecich lub opinii publicznej nie może jednak stanowić podstawy do ujawniania konkurentom szczególnie chronionych informacji handlowych, których na rynku, na którym panuje efektywna konkurencja, przedsiębiorstwa nie ujawniłyby swoim konkurentom.
388. Ogólnie rzecz biorąc, w normalnych warunkach konkurencji przedsiębiorstwa nie mają powodu, by publikować szczególnie chronione informacje handlowe. Jeżeli to robią, może to budzić wątpliwości co do tego, czy dany rynek charakteryzuje się efektywną konkurencją. Informacje, które zostały umieszczone w domenie publicznej z uzasadnionych powodów – a zatem stały się łatwo dostępne (pod względem kosztów dostępu) dla wszystkich konkurentów i klientów ⁽²⁵¹⁾ – zazwyczaj nie są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi ⁽²⁵²⁾.
389. Nawet jeżeli informacje są łatwo dostępne (np. informacje opublikowane przez organy regulacyjne), dodatkowa wymiana informacji między konkurentami może prowadzić do dalszego zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku. Może to mieć miejsce na przykład w przypadku, gdy informacje są wymieniane w mniej zagregowanej lub bardziej szczegółowej formie, lub gdy informacje są wymieniane częściej, niż są one udostępniane publicznie, lub gdy do informacji dołączane są uwagi, które mogą zasygnalizować konkurentom chęć podjęcia wspólnego działania. W takim przypadku wymiana informacji może ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

6.2.3.2. Informacje zagregowane a informacje zindywidualizowane

390. To, czy informacje są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, zależy od ich przydatności dla konkurentów. Ogólnie rzecz biorąc, informacje, które zawierają wiele szczegółów i umożliwiają identyfikację przedsiębiorstw, które je udostępniły, będą w większym stopniu stanowić szczególnie chronione informacje handlowe. Wymiana zindywidualizowanych informacji może ułatwiać dojście do porozumienia na rynku i realizowanie strategii karania, ponieważ umożliwia przedsiębiorstwom uczestniczącym w koordynacji łatwiejsze wyodrębnienie podmiotu odstępującego od koordynacji lub nowego uczestnika rynku.

⁽²⁴⁸⁾ Wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 123 oraz wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 36.

⁽²⁴⁹⁾ Wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r. Philips i Philips France/Komisja, T-762/14, EU:T:2016:738, pkt 91.

⁽²⁵⁰⁾ Wykaz ten nie jest wyczerpujący.

⁽²⁵¹⁾ Wyrok z dnia 8 lipca 2008 r., BPB/Komisja, T-53/03, EU:T:2008:254, pkt 236 i wyrok z dnia 2 lutego 2022 r., Scania/Komisja, T-799/17, EU:T:2022:48, pkt 347. Informacje znajdują się w domenie publicznej, jeżeli są dostępne z publicznie dostępnych źródeł. Informacje nie są publiczne, jeżeli koszty związane z gromadzeniem tych informacji zniechęcają inne przedsiębiorstwa i klientów do ich gromadzenia. Fakt, że istnieje możliwość gromadzenia niektórych informacji na rynku, na przykład poprzez zbieranie ich od klientów, niekoniecznie oznacza, że takie informacje stanowią dane rynkowe łatwo dostępne dla konkurentów. Zob. wyrok z dnia 12 lipca 2001 r., Tate & Lyle i in./Komisja, T-202/98, T-204/98 i T-207/98, EU:T:2001:185, pkt 60.

⁽²⁵²⁾ Wyrok z dnia 5 października 2020 r., Casino, Guichard-Perrachon i AMC/Komisja, T-249/17 P, EU:T:2020:458, pkt 263–267 oraz wyrok z dnia 30 września 2003 r., Atlantic Container Line i in./Komisja, T-191/98, T-212/98 do T-214/98, EU:T:2003:245, pkt 1 154. Zob. także pkt 398, w którym wyjaśniono, że publiczne ujawnianie informacji może w niektórych przypadkach stanowić pewnego rodzaju kanał komunikacji między konkurentami, za pomocą którego sygnalizują oni zamiar podjęcia określonych zachowań rynkowych w przyszłości lub który wykorzystują w charakterze punktu centralnego w procesie koordynowania działań między konkurentami, co oznacza, że taki sposób ujawniania informacji może potencjalnie wchodzić w zakres art. 101 ust. 1.

391. Wymiana zagregowanych informacji, w przypadku których przypisanie informacji do konkretnych przedsiębiorstw jest wystarczająco trudne lub niepewne, lub w przypadku których dane są zagregowane według szeregu różnych produktów, w szczególności jeżeli produkty te mają odmienne cechy lub należą do różnych rynków, z mniejszym prawdopodobieństwem może doprowadzić do ograniczenia konkurencji. Gromadzenie i publikacja zagregowanych informacji rynkowych (takich jak dane dotyczące sprzedaży, zdolności produkcyjnych, kosztów nakładów i składników) przez stowarzyszenie handlowe lub firmę zajmującą się rozpoznaniem rynku mogą przynosić korzyści zarówno konkurentom, jak i klientom poprzez zmniejszenie kosztów dzięki umożliwieniu im uzyskania wyraźniejszego ogólnego obrazu sytuacji gospodarczej w danym sektorze. Takie gromadzenie i publikacja informacji mogą pozwolić poszczególnym konkurentom na podejmowanie bardziej świadomych decyzji w celu skutecznego dostosowania ich indywidualnych strategii konkurencyjnych do warunków panujących na rynku. Mało prawdopodobne jest, by wymiana zagregowanych informacji powodowała ograniczenie konkurencji, chyba że odbywa się ona między stosunkowo małą liczbą przedsiębiorstw o wystarczająco dużym udziale w rynku właściwym⁽²⁵³⁾. Niemniej jednak nie można wykluczyć, że nawet wymiana zagregowanych informacji i danych może ułatwiać znowę na rynkach o określonych cechach.

Na przykład jeżeli przedsiębiorstwa tworzące część bardzo wąskiego i stabilnego oligopolu wymieniają zagregowane informacje o cenie, wykrycie na rynku ceny poniżej pewnego poziomu może umożliwić im wyciągnięcie wniosku, że jedno z nich odstąpiło od znowy, i podjęcie działań odwetowych obejmujących cały rynek. Innymi słowy, aby znowa była trwała, przedsiębiorstwa należące do bardzo wąskiego i trwałego oligopolu nie zawsze muszą wiedzieć, kto odstąpił od znowy, wystarczy im wiedza, że „ktoś” odstąpił.

392. W zależności od okoliczności wymiana surowych danych może być w mniejszym stopniu związana ze szczególnie chronionymi informacjami handlowymi niż wymiana danych, które zostały już przetworzone w istotne informacje. W szczególności wymiana surowych danych może w mniejszym stopniu stanowić wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych, jeżeli każda strona stosuje własną (zastrzeżoną) metodę przetwarzania surowych danych.

6.2.3.3. Wiek informacji

393. W wielu branżach informacje stają się informacjami historycznymi stosunkowo szybko i w związku z tym tracą swój charakter szczególnie chronionych informacji handlowych. Jest mało prawdopodobne, by do znowy doprowadziła wymiana informacji historycznych, ponieważ informacje takie zazwyczaj nie wskazują na planowane zachowanie konkurentów ani nie ułatwiają porozumienia na rynku⁽²⁵⁴⁾. Co do zasady im informacje są starsze, tym są mniej przydatne do celów wykrycia na czas odstępstw, a zatem tym mniej stanowią wiarygodną groźbę szybkich działań odwetowych⁽²⁵⁵⁾. Wymaga to jednak indywidualnej oceny znaczenia informacji⁽²⁵⁶⁾.
394. Historyczny charakter informacji zależy od określonych cech rynku właściwego, częstotliwości negocjacji dotyczących sprzedaży i zakupu w danym sektorze oraz wieku informacji, na podstawie których zazwyczaj podejmuje się decyzje biznesowe w tym sektorze. Informacje mogą na przykład być uważane za historyczne, jeżeli są kilka razy starsze niż średnia długość trwania cykli cenowych lub średnia długość umów w danej branży, jeśli umowy takie wskazują na częstotliwość (re)negocjowania cen. Natomiast wymiana aktualnych informacji może wywołać skutki ograniczające konkurencję, w szczególności jeśli wymiana ta służy sztucznie zwiększeniu przejrzystości dla konkurentów, a nie dla konsumentów.

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

⁽²⁵³⁾ Na przykład w przypadku wąskiego oligopolu.

⁽²⁵⁴⁾ Dane historyczne mogą być gromadzone przez stowarzyszenia handlowe w celu pozyskania materiału do badania polityki publicznej lub analizowania wyników takich badań.

⁽²⁵⁵⁾ Na przykład w przeszłych sprawach Komisja uznawała wymianę danych dotyczących indywidualnych przedsiębiorstw, pochodzących sprzed ponad roku za wymianę danych historycznych niestanowiącą ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, natomiast informacje sprzed mniej niż roku uznawane były za niedawne; decyzja Komisji w sprawie IV/31.370 – Wymiana rejestracji ciągników rolniczych w Zjednoczonym Królestwie, motyw 50; decyzja Komisji w sprawie IV/36.069 – Wirtschaftsvereinigung Stahl (Dz.U. L 1 z 3.1.1998, s. 10), motyw 17.

⁽²⁵⁶⁾ W wyroku z dnia 12 lipca 2019 r., Sony i Sony Electronics/Komisja, T-762/15, EU:T:2019:515, pkt 127, Sąd uznał, że w okolicznościach sprawy wiedza o wynikach aukcji z przeszłości była dla konkurentów niezwykle istotną informacją zarówno do celów monitorowania, jak i mając na uwadze przyszłe umowy.

W kontekście stabilnego, niezłożonego rynku charakteryzującego się wysokimi barierami wejścia wymiana informacji dotyczących niedawnej przeszłości między bliskimi konkurentami może również prowadzić do zмовy. Na przykład wymienianie się szczegółowymi informacjami na temat sprzedaży, do której dochodziło w niedawnej przeszłości, może ograniczyć niepewność dotyczącą przyszłych zachowań rynkowych konkurentów i umożliwić stronom odpowiednie dostosowanie własnych przyszłych zachowań rynkowych.

6.2.4. Cechy wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych

395. Przepisy art. 101 ust. 1 mają zastosowanie do dwustronnej lub wielostronnej wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych między konkurentami. Takie przypadki wymieniania się informacjami obejmują porozumienia o wymianie danych, na mocy których dwóch lub większa liczba konkurentów przekazuje dane do wspólnej bazy danych i uzyskuje dostęp do części lub całości danych przekazanych do tej bazy przez innych konkurentów. Jeżeli wymiana informacji odbywa się z udziałem dwóch lub większej liczby konkurentów, precyzyjne scharakteryzowanie tej wymiany jako porozumienia między przedsiębiorstwami, decyzji związku przedsiębiorstw lub uzgodnionej praktyki może nie być konieczne ⁽²⁵⁷⁾. W określonych okolicznościach jednostronne ujawnienie lub pośrednia wymiana informacji mogą ponadto również stanowić uzgodnioną praktykę objętą zakresem art. 101 ust. 1.

6.2.4.1. Jednostronne ujawnienie

396. Sytuacja, w której jedno przedsiębiorstwo ujawnia szczególnie chronione informacje handlowe swojemu konkurentowi, który zwrócił się o przekazanie mu tych informacji lub przynajmniej je przyjął, może stanowić praktykę uzgodnioną, o ile taki konkurent podejmuje działania w oparciu o ujawnione mu w ten sposób informacje i o ile między ujawnieniem informacji a późniejszym zachowaniem tego konkurenta na rynku zachodzi związek przyczynowo-skutkowy ⁽²⁵⁸⁾. W przypadku gdy tylko jedno przedsiębiorstwo ujawnia szczególnie chronione informacje handlowe swoim konkurentom, wśród wszystkich tych konkurentów maleje strategiczna niepewność co do przyszłego funkcjonowania rynku i zwiększa się prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencji oraz zмовy między nimi, chyba że konkurenci ci publicznie zdystansują się od ujawnionych w ten sposób informacji ⁽²⁵⁹⁾. Jednostronne ujawnienie może nastąpić np. za pośrednictwem wiadomości (na czacie), wiadomości e-mail, rozmów telefonicznych, wkładu we wspólne narzędzie algorytmiczne, spotkań itp. W tym kontekście bez znaczenia pozostaje to, czy jednostronne ujawnienie szczególnie chronionych informacji handlowych dokonało tylko jedno przedsiębiorstwo czy też wszystkie zaangażowane przedsiębiorstwa.
397. Jeżeli przedsiębiorstwo otrzymało szczególnie chronione informacje handlowe od konkurenta podczas spotkania lub w ramach innego kontaktu, przyjmuje się, że uwzględniło ono te informacje i odpowiednio dostosowało swoje zachowanie na rynku, chyba że publicznie zdystansowało się od nich (na przykład poprzez wydanie jednoznacznego oświadczenia stanowiącego, że nie chce otrzymywać tego rodzaju informacji ⁽²⁶⁰⁾) lub zgłosiło ten fakt organom administracyjnym.

Na przykład udział w spotkaniu ⁽²⁶¹⁾, na którym jedno z przedsiębiorstw wyjawia swoim konkurentom swoje plany cenowe – a konkurenci ci nie dystansują się publicznie od ujawnionych im informacji – będzie prawdopodobnie wchodził w zakres art. 101 ust. 1, nawet w przypadku braku wyraźnego porozumienia dotyczącego podwyższenia cen ⁽²⁶²⁾. Podobnie wprowadzenie zasady ustalania cen we wspólnym narzędziu algorytmicznym (np. zasady dostosowywania ceny do najniższej ceny na określonej platformie internetowej lub w określonym sklepie internetowym poprzez powiększenie jej o 5 % lub dostosowywania ceny do ceny konkretnego konkurenta poprzez jej pomniejszenie o 5 %) prawdopodobnie również będzie objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1, nawet w przypadku braku wyraźnego porozumienia dotyczącego dostosowywania przyszłych cen.

Natomiast sytuacja, w której jedno przedsiębiorstwo wysyła wiadomość e-mail na osobiste adresy e-mail pracowników innych przedsiębiorstw, sama w sobie nie świadczy o tym, że odbiorcy tej wiadomości powinni byli znać jej treść ⁽²⁶³⁾. Choć sytuacja ta może – w świetle innych obiektywnych i spójnych poszlak – uzasadniać domniemanie, że odbiorcy

⁽²⁵⁷⁾ Zob. wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 31–32.

⁽²⁵⁸⁾ Zob. wyrok z dnia 15 marca 2000 r., Cimenteries CBR/Komisja, T-25/95 i in., EU:T:2000:77, pkt 1 849 oraz wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 51.

⁽²⁵⁹⁾ Zob. opinia rzecznika generalnego Kokott z dnia 19 lutego 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., sprawa C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 54. W kwestii dystansowania się od ujawnionych informacji: zob. wyrok z dnia 20 stycznia 2016 r., Toshiba Corporation/Komisja, C-373/14 P, pkt 62–63. Zob. ponadto pkt 410.

⁽²⁶⁰⁾ Zob. wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 48; wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., Hüls/Komisja, C-199/92 P, EU:C:1999:358, pkt 162; wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., Komisja/Anic Participazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, pkt 121.

⁽²⁶¹⁾ Zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 59.

⁽²⁶²⁾ Zob. wyrok z dnia 12 lipca 2001 r., Tate & Lyle i in./Komisja, T-202/98, T-204/98 i T-207/98, EU:T:2001:185, pkt 54.

⁽²⁶³⁾ Wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 39–40.

wiadomości znali jej treść i uwzględnili zawarte w niej informacje, odbiorcom tym należy zapewnić możliwość obalenia tego domniemania ⁽²⁶⁴⁾.

398. Fakt, że przedsiębiorstwo ujawnia szczególnie chronione informacje handlowe w drodze jawnego ogłoszenia (na przykład poprzez ich zamieszczenie na publicznie dostępnej stronie internetowej, przekazanie ich podczas wydarzenia publicznego lub zamieszczenie ich w gazecie), sam w sobie nie wyklucza możliwości uznania takiego ogłoszenia za uzgodnioną praktykę w rozumieniu art. 101 ust. 1. Publicznie ujawniane informacje mogą w niektórych przypadkach stanowić pewnego rodzaju kanał komunikacji między konkurentami, za pomocą którego sygnalizują oni zamiar podjęcia określonych zachowań rynkowych w przyszłości lub który wykorzystują w charakterze punktu centralnego w procesie koordynowania działań między konkurentami, co oznacza, że taki sposób ujawniania informacji może potencjalnie wchodzić w zakres art. 101 ust. 1. Co więcej, fakt, że strony wymiany opublikowały wcześniej tego samego rodzaju informacje (np. w gazecie lub na swoich publicznie dostępnych stronach internetowych), nie oznacza, że późniejsza niejawną wymiana informacji nie skutkowałaby ograniczeniem konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 ⁽²⁶⁵⁾.

Typowymi przykładami jednostronnego ujawniania informacji w zakresie publicznej są informacje o aktualnych cenach detalicznych zamieszczane przez operatorów stacji benzynowych (lub np. informacje dotyczące cen artykułów spożywczych publikowane przez detalistów). W przypadku braku porozumienia antykonkurencyjnego lub uzgodnionej praktyki podanie takich informacji jest korzystne dla konsumentów, ponieważ ułatwia im porównanie cen między stacjami benzynowymi przed zatankowaniem samochodu (lub porównanie oferty detalistów prowadzących sprzedaż artykułów spożywczych przed wybraniem sklepu), nawet jeżeli tego rodzaju informacje umożliwiają również konkurującym ze sobą stacjom benzynowym zapoznanie się z cenami pobieranymi przez ich pobliskich konkurentów.

Inne formy jednostronnego ujawniania informacji w zakresie publicznej mogą obejmować ogłoszenia, w przypadku których można stwierdzić przesłanki świadczące o tym, że u ich podstaw leżą potencjalne antykonkurencyjne uzgodnione praktyki.

Na przykład w danym sektorze informacje o tym, że ceny dostaw rosną, mogą być powszechnie znane. Na spotkaniach publicznych, takich jak spotkania odpowiedniego stowarzyszenia branżowego, uczestnicy mogą poruszać kwestie związane z tym zjawiskiem. Chociaż konkurenci mogą odnosić się do rosnących kosztów dostaw – ponieważ są to informacje powszechnie znane – nie mogą publicznie oceniać swojej indywidualnej reakcji na to zjawisko, ponieważ ograniczałoby to niepewność w kwestii ich zachowania na rynku ⁽²⁶⁶⁾. Analogiczny tok rozumowania obowiązuje w przypadku, gdy przedstawiciele przedsiębiorstwa komentują wydarzenia rynkowe w drodze jednostronnych jawnych ogłoszeń i ujawniają swoje strategie w zakresie sposobu reagowania na zmieniające się warunki rynkowe. Przedsiębiorstwa muszą samodzielnie kształtować politykę, którą zamierzają realizować na rynku wewnętrznym. Oznacza to, że każdy z konkurentów musi we własnym zakresie zdecydować, jaka będzie jego reakcja na rosnące koszty dostaw.

399. Należy dokonać również rozróżnienia między – z jednej strony – niezależnym pozyskiwaniem informacji przez konkurentów lub omawianiem przez nich przyszłej strategii w zakresie ustalania cen z klientami lub osobami trzecimi, a – z drugiej strony – omawianiem przez konkurentów czynników wywierających wpływ na kształtowanie cen z innymi konkurentami przed ustaleniem poziomu swoich własnych cen ⁽²⁶⁷⁾.
400. Jak wyjaśniono w pkt 425, ujawnianie określonych informacji w zakresie publicznej może ułatwić klientom dokonywanie świadomych wyborów zakupowych. Osiągnięcie tego rodzaju przyrostu wydajności jest jednak mniej prawdopodobne, jeśli informacje odnoszą się do przyszłych zamiarów. Prawdopodobieństwo wygenerowania przyrostu wydajności przez informacje jawne jest mniejsze, jeżeli informacje te dotyczą parametrów, które mogą się nie zmaterializować, i nie nakładają na przedsiębiorstwo zobowiązań względem jego klientów ⁽²⁶⁸⁾.

Na przykład jednostronne jawne ogłoszenie dotyczące zamiarów w zakresie przyszłych cen (w odróżnieniu od przekazania informacji o faktycznym podjęciu decyzji o zmianie cen poczynszy od konkretnej daty w niedalekiej przyszłości) nie będzie wiążące dla przedsiębiorstwa dokonującego ogłoszenia wobec jego klientów, ale może być sygnałem dla jego konkurentów co do planowanej strategii rynkowej przedsiębiorstwa. Będzie to miało miejsce w szczególności wówczas, gdy informacja jest wystarczająco szczegółowa. Tego rodzaju ogłoszenia nie przynoszą zatem zasadniczo korzyści konsumentom i mogą sprzyjać znowie.

⁽²⁶⁴⁾ W wyroku z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 41, Trybunał Sprawiedliwości podał przykłady, jak można obalić to domniemanie: poprzez wykazanie, że adresat nie otrzymał wiadomości albo że nie odczytał zawartości odpowiedniego pola, albo że odczytał zawartość wiadomości dopiero po upływie pewnego czasu od wysłania.

⁽²⁶⁵⁾ Zob. także pkt 389.

⁽²⁶⁶⁾ Zob. np. wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Dole Food Company i Dole Germany/Komisja, T-588/08, EU:T:2013:130, pkt 291–295.

⁽²⁶⁷⁾ Wyrok z dnia 24 września 2019 r., HSBC Holdings i in./Komisja, T-105/17, EU:T:2019:675, pkt 144.

⁽²⁶⁸⁾ Zob. na przykład decyzja Komisji z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie AT.39850 – Żegluga kontenerowa, motywy 40–43.

Jednostronne jawne ogłoszenia mogą wskazywać na istnienie odnośnego porozumienia antykonkurencyjnego lub odnośnej praktyki uzgodnionej. Na przykład na rynku, na którym jest tylko niewielu konkurentów i istnieją wysokie bariery wejścia, przedsiębiorstwa stale ujawniające informacje, które nie przysparzają oczywistej korzyści konsumentom (na przykład informacje o kosztach badań i rozwoju, kosztach dostosowania do wymogów środowiskowych itp.) mogą uczestniczyć w ograniczaniu konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Jednostronne jawne ogłoszenia mogą być wykorzystywane do realizacji lub monitorowania ich ustaleń związanych ze zmwą. Ustalenie, czy w danym przypadku faktycznie doszło do takiego ograniczenia konkurencji, będzie wiązało się z koniecznością zbadania wszystkich okoliczności faktycznych danej sprawy.

6.2.4.2. Pośrednia wymiana informacji

401. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych między konkurentami może odbywać się za pośrednictwem osoby trzeciej, takiej jak usługodawca będący osobą trzecią (w tym operator platformy lub dostawca narzędzi optymalizacji), wspólnego podmiotu (np. organizacji branżowej), dostawcy lub klienta⁽²⁶⁹⁾ bądź wspólnego algorytmu (zwanego łącznie „osobą trzecią”). Podobnie jak ma to miejsce w przypadku bezpośredniej wymiany informacji, pośrednia wymiana informacji może również zmniejszyć niepewność co do działań konkurentów, a tym samym doprowadzić do zmw na rynku. W takich przypadkach zmw jest ułatwana lub wymuszana przez osobę trzecią. W zależności od okoliczności sprawy zarówno uczestniczący konkurenci, jak i osoba trzecia mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności za taką zmw. Zakaz ustanowiony w art. 101 ust. 1 nie dotyczy jedynie stron porozumień lub uzgodnionych praktyk, które prowadzą działalność na dotkniętych nimi rynkach⁽²⁷⁰⁾.
402. W przypadku pośredniej wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych wymagana jest indywidualna analiza roli każdego z uczestników w celu ustalenia, czy wymiana dotyczy porozumienia antykonkurencyjnego lub praktyki uzgodnionej oraz kto ponosi odpowiedzialność za zmw. W ocenie tej konieczne będzie uwzględnienie przede wszystkim poziomu świadomości dostawców lub odbiorców informacji co do wymiany między innymi dostawcami lub odbiorcami informacji a osobą trzecią.

Można wyróżnić kilka scenariuszy:

Niektóre pośrednie wymiany informacji określa się mianem porozumień podstawowych i powiązanych. Na przykład wspólny producent lub dostawca może pełnić funkcję podstawową, aby przekazywać informacje szeregowi dystrybutorów lub detalistów; ale też dystrybutor lub detalista może pełnić funkcję podstawową, aby przekazywać informacje szeregowi producentów lub dostawców. Również platforma internetowa może pełnić funkcję podstawową, jeśli ułatwia, koordynuje lub egzekwuje wymianę informacji między użytkownikami biznesowymi platformy, na przykład w celu zabezpieczenia określonych marż lub poziomów cen. Platformy mogą być ponadto wykorzystywane do nakładania środków technicznych uniemożliwiających użytkownikom platformy oferowanie odbiorcom końcowym niższych cen lub innych korzyści.

Informacje mogą być również wymieniane pośrednio za pośrednictwem wspólnego algorytmu optymalizacji, który podejmuje decyzje handlowe w oparciu o wrażliwe dane handlowe przekazywane przez konkurentów. Mimo że wykorzystywanie publicznie dostępnych danych do zasilania oprogramowania algorytmicznego jest zgodne z prawem, agregowanie szczególnie chronionych informacji handlowych w narzędzie do ustalania cen oferowane przez pojedynczą firmę informatyczną, do którego dostęp mają różni konkurenci, może być równoznaczne ze zmwą horyzontalną.

403. Konkurenci wymieniający się szczególnie chronionymi informacjami handlowymi pośrednio (za pośrednictwem osoby trzeciej) mogą dopuszczać się naruszenia art. 101. Takie naruszenie będzie miało miejsce, jeżeli przedsiębiorstwo, które udostępnia szczególnie chronione informacje handlowe, w sposób wyraźny lub dorozumiany upoważni osobę trzecią do udostępnienia wspomnianych informacji konkurentom tego przedsiębiorstwa lub jeżeli to przedsiębiorstwo zamierało ujawnić szczególnie chronione informacje handlowe swoim konkurentom za pośrednictwem osoby trzeciej. Do takiego naruszenia może również dojść w przypadku, gdy przedsiębiorstwo udostępniające szczególnie chronione informacje handlowe mogło racjonalnie przewidzieć, że osoba trzecia udostępni te informacje jego konkurentom, i było gotowe podjąć związane z tym ryzyko⁽²⁷¹⁾. Uznaje się, że konkurent otrzymujący szczególnie chronione informacje handlowe uczestniczył w naruszeniu

⁽²⁶⁹⁾ Prawo konkurencji nie uniemożliwia klientom niezależnego ujawniania informacji o ofercie cenowej jednego dostawcy innemu dostawcy w celu uzyskania lepszych warunków handlowych, np. niższej ceny. Takie przypadki należy odróżnić od sytuacji, w których klient jest świadomy istnienia antykonkurencyjnego mechanizmu między dostawcami i wymienia się informacjami w celu umożliwienia dalszego funkcjonowania tego mechanizmu.

⁽²⁷⁰⁾ Wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., ICAP i in./Komisja, T-180/15, EU:T:2017:795, pkt 103; wyrok z dnia 22 października 2015 r., AC-Treuhand/Komisja, C-194/14 P, EU:C:2015:717, pkt 27, 34–35. Zob. również wyrok z dnia 30 marca 2022 r., Air Canada/Komisja, T-326/17, EU:T:2022:177, pkt 370–371, w którym Sąd stwierdził, że odpowiedzialność takich osób trzecich nie zależy od tego, czy odegrały one rolę pośrednika i moderatora pobierającego wynagrodzenie za swoje usługi w ramach danego mechanizmu. Zob. także pkt 454.

⁽²⁷¹⁾ Wyrok z dnia 21 lipca 2016 r., VM Remonts i in., C-542/14, EU:C:2016:578, pkt 31.

w takim samym stopniu i w związku z tym ponosi z jego tytułu taką samą odpowiedzialność, jeżeli znał antykonkurencyjne cele realizowane przez przedsiębiorstwo udostępniające informacje i osobę trzecią i zamierzał własnym zachowaniem przyczynić się do realizacji tych celów. Natomiast przedsiębiorstwo udostępniające informacje nie będzie dopuszczano się naruszenia, jeżeli osoba trzecia uzyska dostęp do szczególnie chronionych informacji handlowych tego przedsiębiorstwa i – bez powiadomienia tego przedsiębiorstwa o tym fakcie – przekaze te informacje jego konkurentom lub jeżeli przedsiębiorstwo to nie mogło w racjonalny sposób przewidzieć, że takie informacje zostaną przekazane jego konkurentom ⁽²⁷²⁾.

404. Podobnie osoba trzecia, która przekazuje szczególnie chronione informacje handlowe przedsiębiorstw, może również zostać pociągnięta do odpowiedzialności za takie naruszenie, jeśli zamierzała przyczynić się swoim zachowaniem do wspólnych celów realizowanych przez uczestników wymiany informacji i wiedziała o zachowaniu planowanym lub wprowadzanym w życie przez inne przedsiębiorstwa w dążeniu do realizacji tych samych antykonkurencyjnych celów lub mogła rozsądnie przewidzieć tego rodzaju zachowanie i była gotowa zaakceptować takie ryzyko ⁽²⁷³⁾.

6.2.4.3. Częstotliwość wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych

405. Często wymiana informacji, która ułatwia lepsze wspólne rozumienie rynku i monitorowanie odstępstw, zwiększa ryzyko wystąpienia zмовy. Na niestabilnych rynkach, aby ułatwić osiągnięcie zмовy, konieczna może być częstsza wymiana informacji niż na rynkach stabilnych. Na rynkach, na których występują umowy długoterminowe (wskazujące na rzadkie negocjacje dotyczące sprzedaży i zakupu), do osiągnięcia zмовy wystarcza zwykle rzadsza wymiana informacji. Z drugiej strony rzadkie wymiany informacji mogą być niewystarczające do osiągnięcia zмовy na rynkach, na których występują umowy krótkoterminowe z częstym renegeowaniem ⁽²⁷⁴⁾. Częstotliwość, z jaką informacje powinny być wymieniane, by ułatwić zмовę, co do zasady zależy także od charakteru, wieku i stopnia zagregowania takich informacji ⁽²⁷⁵⁾. W wyniku wzrastającego znaczenia danych w czasie rzeczywistym dla procesu podejmowania decyzji biznesowych największą przewagę konkurencyjną zyskuje się dzięki zautomatyzowanej wymianie informacji w czasie rzeczywistym. Ustalenie, jaką częstotliwość wymiany informacji można uznać za częstą lub rzadką, zależy od okoliczności danej sprawy i specyfiki konkretnego rynku ⁽²⁷⁶⁾.

6.2.4.4. Środki służące ograniczeniu ryzyka dopuszczania się naruszeń prawa konkurencji

406. Przedsiębiorstwa, które chcą (lub muszą) wymieniać się szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, zachęca się do wdrożenia środków ograniczających dostęp do takich informacji lub kontrolowania sposobu ich wykorzystywania ⁽²⁷⁷⁾. Przedsiębiorstwa powinny również rozważyć możliwość ograniczenia zakresu wymienianych informacji do tego, co jest niezbędne do osiągnięcia zamierzonego celu.
407. Przedsiębiorstwa mogą na przykład korzystać z zespołów „clean team” lub powierników do odbioru i przetwarzania informacji. Pojęcie „clean team” odnosi się ogólnie do ograniczonej grupy osób w przedsiębiorstwie, które nie są zaangażowane w działalność komercyjną przedsiębiorstwa oraz podlegają rygorystycznemu protokołowi dotyczącemu poufności w odniesieniu do szczególnie chronionych informacji handlowych ⁽²⁷⁸⁾. Powiernik jest niezależną osobą trzecią, która świadczy usługi na rzecz przedsiębiorstwa. Zespół „clean team” lub powiernik mogą być również wykorzystywani do realizacji innych form horyzontalnych porozumień kooperacyjnych w celu zapewnienia, aby informacje przekazywane na potrzeby takiej współpracy były wymieniane wyłącznie zgodnie z zasadą ograniczonego dostępu i w sposób zagregowany.
408. Uczestnicy wzajemnych porozumień o wymianie danych, takich jak zbiory danych, co do zasady powinni mieć dostęp wyłącznie do własnych informacji oraz końcowych, zagregowanych informacji innych uczestników. Techniczne i praktyczne środki mogą zapewnić, aby uczestnik nie był indywidualnie w stanie pozyskać szczególnie chronionych informacji handlowych od innych uczestników. Zarządzanie zbiorem danych można na przykład powierzyć powiernikowi, który podlega rygorystycznym zasadom poufności w odniesieniu do informacji otrzymywanych od uczestników zbioru danych. Przedsiębiorstwa zarządzające zbiorem danych powinny

⁽²⁷²⁾ Wyrok z dnia 21 lipca 2016 r., VM Remonts i in., C-542/14, EU:C:2016:578, pkt 30. Zob. również pkt 406, w którym wyjaśniono, że przyjmuje się, iż odbiorca szczególnie chronionych informacji handlowych uwzględnił przekazane mu informacje, chyba że zdystansował się od nich poprzez wydanie jednoznacznego oświadczenia wskazującego, że nie chce otrzymywać tego rodzaju informacji, lub poprzez zgłoszenie organom administracyjnym faktu przekazania mu takich informacji.

⁽²⁷³⁾ Wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., ICAP i in./Komisja, T-180/15, EU:T:2017:795, pkt 100.

⁽²⁷⁴⁾ Na przykład rzadko zawierane umowy mogą zmniejszać prawdopodobieństwo działań odwetowych.

⁽²⁷⁵⁾ W zależności od struktury rynku i ogólnego kontekstu wymiany nie można wykluczyć, że pojedyncza wymiana może stanowić dla przedsiębiorstw wystarczającą podstawę do uzgodnienia ich zachowania na rynku; zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 59.

⁽²⁷⁶⁾ Na przykład na niektórych rynkach, takich jak internetowe platformy handlowe lub rynki sprzedaży detalicznej benzyny, decyzje dotyczące ustalania cen podejmuje się kilka razy dziennie. Natomiast na innych rynkach firmy zmieniają swoje ceny zaledwie kilkakrotnie w skali roku. Wymiana informacji raz na kwartał może nie być uznawana za częstą przez podmioty działające na rynkach wskazanych w pierwszym z powyższych przykładów, ale przez podmioty wskazane w drugim przykładzie już tak. Na niektórych rynkach finansowych wymiana handlowa jest prowadzona z tak dużą częstotliwością, że informacje publikowane z częstotliwością dzienną mogą być uznawane za publikowane stosunkowo rzadko.

⁽²⁷⁷⁾ Zastosowanie takich środków może być już wymagane w celu zapewnienia zgodności z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych w przypadkach, w których wymieniane informacje obejmują dane osobowe.

⁽²⁷⁸⁾ Zob. decyzja Komisji z dnia 24 kwietnia 2018 r. w sprawie M.7993, Altice/PT Portugal, pkt 53.

także zapewnić, aby gromadzone były jedynie te informacje, które są niezbędne do realizacji zgodnego z prawem celu zbioru danych.

409. Przedsiębiorstwa mogą podejmować dodatkowe działania w celu ograniczenia ryzyka wymienia się szczególnie chronionymi informacjami handlowymi w ramach kontaktów z (potencjalnymi) konkurentami. Przed planowanymi kontaktami przedsiębiorstwa powinny uważnie przeanalizować plan spotkania lub posiedzenia oraz ich cel, aby upewnić się, że ewentualne ryzyko związane z wymianą szczególnie chronionych informacji handlowych zostało zidentyfikowane z wyprzedzeniem oraz że wdrożono stosowne środki w celu uniknięcia tego ryzyka. Przedstawiciele przedsiębiorstw mogą również zdecydować się na udział w spotkaniu lub posiedzeniu w towarzystwie prawnika specjalizującego się w problematyce prawa konkurencji. W trakcie kontaktów uczestnicy powinni trzymać się ustalonego programu, a w przypadku ujawnienia lub wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych – zgłosić sprzeciw i upewnić się, że sprzeciw ten został uwzględniony w protokole spotkania lub posiedzenia; powinni oni również publicznie zdystansować się od zaistniałej sytuacji, jeżeli do wymiany informacji dojdzie pomimo wyrażonego przez nich sprzeciwu (zob. pkt 410). Zadbanie o sporządzenie i rozpowszechnienie wiernego protokołu przebiegu spotkania lub posiedzenia po każdym kontakcie może umożliwić przedsiębiorstwom szybkie ustalenie, czy w danym przypadku doszło do nieumyślnej wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych, i niezwłoczne wniesienie sprzeciwu wobec takiego protokołu.
410. W trakcie kontaktów przedsiębiorstwo może publicznie zdystansować się od wszelkiej antykonkurencyjnej wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych poprzez zgłoszenie pozostałym uczestnikom swojego wyraźnego sprzeciwu wobec takiej wymiany informacji. Przy ustalaniu, czy przedsiębiorstwo skutecznie zdystansowało się od takiej wymiany informacji, znaczenie ma to, czy pozostali uczestnicy wymiany prawidłowo zinterpretowali intencje dystansującego się przedsiębiorstwa. Na przykład przedsiębiorstwo, które chce zdystansować się do wymiany informacji, może niezwłocznie i wyraźnie oświadczyć, że nie może brać udziału w dyskusjach na dany temat, i zwrócić się o natychmiastową zmianę tematu rozmów. W przypadku zignorowania jego sprzeciwu i żądania, przedsiębiorstwo powinno niezwłocznie opuścić spotkanie lub posiedzenie w sposób umożliwiający wszystkim obecnym jednoznacznie zidentyfikowanie przyczyny opuszczenia przez nie tego spotkania lub posiedzenia. Przedsiębiorstwa powinny upewnić się, że ich sprzeciw i fakt opuszczenia przez nie spotkania został odnotowany we wszelkich rozpowszechnianych protokołach z przebiegu spotkania lub – w przypadku braku takich protokołów – odnotować fakt opuszczenia spotkania we własnych notatkach dotyczących danego kontaktu.
411. Przedsiębiorstwa mogą również podejmować działania służące ograniczeniu ryzyka publicznego ujawnienia szczególnie chronionych informacji handlowych (zob. pkt 398). Przed ujawnieniem szczególnie chronionych informacji handlowych przedsiębiorstwa muszą zweryfikować, czy takie informacje rzeczywiście służą realizacji zamierzonego, zgodnego z prawem celu i czy poziom szczegółowości ujawnienia jest niezbędny do osiągnięcia tego celu. Publiczne ujawnienie szczególnie chronionych informacji handlowych dotyczących planowanego zachowania w kwestii cen i ilości zmniejsza strategiczną niepewność na rynku i może prowadzić do zмовy. Informacje zagregowane i historyczne mają zasadniczo mniej strategiczny charakter. Wszelkie podawane do wiadomości publicznej informacje strategiczne powinny również ograniczać się do samego przedsiębiorstwa i nie powinny dotyczyć całego sektora czy też branży. W szczególności przedsiębiorstwa powinny unikać jawnych ogłoszeń dotyczących strategicznych kroków uzależnionych od działań ich (potencjalnych) konkurentów. W zależności od kontekstu przedsiębiorstwa, które mają do czynienia z publicznymi ogłoszeniami konkurentów ujawniającymi szczególnie chronione informacje handlowe, mogą zmniejszyć ryzyko naruszenia prawa konkurencji poprzez publiczne zdystansowanie się od tych informacji lub zgłoszenie takiego przypadku organom publicznym.

Na przykład trzy przedsiębiorstwa A, B i C konkurują ze sobą na określonym rynku detalicznym i borykają się z problemem rosnących kosztów. Przedsiębiorstwo A nie powinno składać publicznie oświadczeń sugerujących, że jeżeli przedsiębiorstwa B i C też będą przenosiły takie rosnące koszty na konsumentów, sektor pozostanie rentowny. Nie powinno również deklarować, że przeniesienie tych kosztów przez przedsiębiorstwa B i C byłoby pożądane. Podobnie przedsiębiorstwo A nie powinno ogłaszać publicznie, że nie będzie w stanie uniknąć przeniesienia wspomnianych rosnących kosztów na konsumentów, gdyż przedsiębiorstwa B i C zamierzają to zrobić.

6.2.5. Cechy rynku

412. Prawdopodobieństwo, że wymiana informacji doprowadzi do zмовy lub zamknięcia dostępu do rynku, zależy od cech rynku. Na te cechy rynku może mieć wpływ również sama wymiana informacji. Do cech istotnych rynku w tym względzie należą między innymi: poziom przejrzystości rynku, liczba przedsiębiorstw prowadzących na nim działalność (koncentracja na rynku), istnienie barier wejścia, to, czy produkt lub usługa, których dotyczy wymiana, mają jednorodny charakter, to, czy przedsiębiorstwa prowadzące działalność na rynku są do siebie podobne (poziom złożoności rynku), a także stabilność warunków podaży i popytu na rynku⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁹⁾ Przedstawiony wykaz cech nie jest wyczerpujący; w kontekście oceny danych przypadków wymiany informacji istotne mogą okazać się również inne cechy rynku.

Poniższy wykaz cech istotnych rynku nie ma wyczerpującego charakteru, ponieważ inne cechy rynku mogą również okazać się istotne w kontekście oceny danych przypadków wymiany informacji.

Przejrzystość: im bardziej przejrzysty jest rynek, tym mniejszy jest poziom niepewności, który może być przedmiotem konkurencji, co sprawia, że dodatkowe przypadki ujawniania informacji stają się jeszcze bardziej problematyczne ⁽²⁸⁰⁾.

Koncentracja na rynku: łatwiej jest dojść do porozumienia w sprawie warunków koordynacji i monitorować odstępstwa na rynkach, na których obecnych jest zaledwie kilku konkurentów. W przypadku gdy rynek jest w dużym stopniu skoncentrowany, wymiana niektórych informacji, zwłaszcza w zależności od rodzaju wymienianych informacji, może umożliwiać przedsiębiorstwom poznanie sytuacji i strategii handlowej ich poszczególnych konkurentów na rynku, zakładając w ten sposób współzawodnictwo na tym rynku i zwiększając prawdopodobieństwo zмовy, a nawet ją ułatwiając. Jeżeli natomiast rynek jest rozproszony, wymiana informacji między konkurentami może mieć charakter neutralny czy wręcz korzystny dla konkurencyjności rynku ⁽²⁸¹⁾.

Barierę wejścia: istnienie barier wejścia utrudnia podmiotom z zewnątrz przełamanie zмовy poprzez wejście na rynek i zastosowanie podcięcia cenowego względem zasiedziałych na rynku przedsiębiorstw pozostających w zмовie. Bariery wejścia zwiększają zatem prawdopodobieństwo, że zмова na rynku będzie wykonalna i trwała.

Poziom złożoności rynku: jeżeli przedsiębiorstwa ponoszą podobne koszty, obsługują podobnych klientów, dysponują zbliżonym udziałem w rynku, asortymentem produktów, mocami produkcyjnymi itp., istnieje większe prawdopodobieństwo, że dojdą do porozumienia w sprawie warunków współpracy, ponieważ ich motywacja jest bardziej zbieżna. Podobnie osiągnięcie zмовy cenowej może być łatwiejsze w przypadku jednego jednorodnego produktu, niż w przypadku gdy istnieje wiele cen na rynku, na którym występuje wiele zróżnicowanych produktów, choć rozwój techniczny – przejawiający się m.in. wykorzystywaniem narzędzi do śledzenia poziomów cen – może ułatwiać osiągnięcie zмовy również w odniesieniu do zróżnicowanych produktów.

Stabilność rynku: Prawdopodobieństwo wystąpienia zмовy jest większe również wówczas, gdy warunki popytu i podaży na rynku są stosunkowo stabilne. Zmienny popyt, znaczny wzrost wewnętrzny w przypadku pewnych przedsiębiorstw na rynku lub częste wejścia nowych uczestników na rynek mogą wskazywać na to, że rynek nie jest na tyle stabilny, aby koordynacja była prawdopodobna ⁽²⁸²⁾, lub mogą wymagać częstszych wymian informacji, aby mieć wpływ na konkurencję.

6.2.6. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel

413. Jak określono w sekcji 1.2.4, niektóre porozumienia same w sobie i ze względu na treść swych postanowień, celem, którym mają służyć, a także kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisują, są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, by nie było konieczności badania ich skutków. W szczególności wymiana informacji będzie uznawana za ograniczenie konkurencji ze względu na cel, w przypadku gdy informacje są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, a wymiana może usunąć niepewność między uczestnikami co do czasu, zakresu i szczegółów zmian, które zainteresowane przedsiębiorstwa mają przyjąć w swoim postępowaniu na rynku ⁽²⁸³⁾. Oceniając, czy wymiana informacji stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, Komisja zwróci szczególną uwagę na jej treść, cele oraz kontekst prawny i gospodarczy, w którym następuje wymiana informacji ⁽²⁸⁴⁾. W ramach oceny takiego kontekstu należy wziąć pod uwagę charakter towarów lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury danego rynku lub danych rynków ⁽²⁸⁵⁾.
414. Do zмовy może zwłaszcza doprowadzić wymiana informacji o przyszłym zachowaniu przedsiębiorstw dotyczącym cen lub ilości ⁽²⁸⁶⁾. W zależności od celów, jakim służy ta wymiana, oraz jej kontekstu prawnego i gospodarczego, wymiana innych rodzajów informacji może również stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Konieczna jest zatem ocena wymiany informacji w poszczególnych przypadkach.

⁽²⁸⁰⁾ Zob. także pkt 389.

⁽²⁸¹⁾ Zob. wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 58 i przytoczone w nim orzecznictwo.

⁽²⁸²⁾ Zob. decyzja Komisji w sprawach IV/31.370 i 31.446 – Wymiana rejestracji ciągników rolniczych w Zjednoczonym Królestwie (Dz.U. L 68 z 13.3.1992, s. 19), motyw 51 i wyrok z dnia 27 października 1994 r., Deere/Komisja, T-35/92, EU:T:1994:259, pkt 78.

⁽²⁸³⁾ Wyrok z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja, C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 122; wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 41; wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., HSBC Holdings i in./Komisja, C-883/19, EU:C:2023:11, pkt 115–116; wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, pkt 100.

⁽²⁸⁴⁾ Zob. np. wyrok z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, pkt 58; wyrok z dnia 20 listopada 2008 r., BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 15 i kolejne.

⁽²⁸⁵⁾ Wyrok z dnia 26 września 2018 r. Philips i Philips France/Komisja, C-98/17 P, EU:C:2018:774, pkt 35.

⁽²⁸⁶⁾ Informacje dotyczące planowanych przyszłych ilości mogą zawierać np. dane dotyczące planowanej przyszłej sprzedaży, udziału w rynku oraz sprzedaży na konkretnych obszarach lub sprzedaży konkretnym grupom konsumentów.

Do wymiany, którą w indywidualnych przypadkach uznano za ograniczenie ze względu na cel – w świetle treści wymienianych informacji, realizowanych celów oraz kontekstu prawnego i gospodarczego – należy:

- a) wymiana z konkurentami informacji o obecnych cenach przedsiębiorstwa i jego przyszłych zamiarach w odniesieniu do cen ⁽²⁸⁷⁾;
- b) wymiana z konkurentami informacji o obecnych i przyszłych zdolnościach produkcyjnych przedsiębiorstwa ⁽²⁸⁸⁾;
- c) wymiana z konkurentami informacji o obecnej ⁽²⁸⁹⁾ lub przyszłej strategii handlowej przedsiębiorstwa ⁽²⁹⁰⁾;
- d) wymiana z konkurentami informacji o prognozach przedsiębiorstwa dotyczących obecnego i przyszłego popytu ⁽²⁹¹⁾;
- e) wymiana z konkurentami informacji o prognozach przedsiębiorstwa co do danych dotyczących przyszłej sprzedaży ⁽²⁹²⁾;
- f) wymiana z konkurentami informacji o przyszłych cechach produktów, które są istotne dla konsumentów ⁽²⁹³⁾.

We wszystkich tych przypadkach uznano, że wymieniane informacje pozwalałyby usunąć niepewność między uczestnikami co do czasu, zakresu i szczegółów zmian, które zainteresowane przedsiębiorstwa mają przyjąć w swoim postępowaniu na rynku.

415. Z przykładów podanych w pkt 414 wynika, że bezpośredni związek między wymienianymi informacjami a cenami konsumpcyjnymi nie jest wymagany, aby wymiana stanowiła ograniczenie ze względu na cel ⁽²⁹⁴⁾. Ponadto decydującym kryterium przy ustalaniu, czy doszło do ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jest charakter kontaktów, a nie ich częstotliwość ⁽²⁹⁵⁾.

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

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

416. W zależności od kontekstu prawnego i gospodarczego oraz celów, jakie chce osiągnąć przedsiębiorstwo, publiczne ujawnienie informacji, które sygnalizuje przyszłe zamiary przedsiębiorstwa dotyczące kluczowych parametrów konkurencji, na przykład cen lub ilości, można również uznać za ograniczenie ze względu na cel. Podobnie publiczne ujawnienie informacji, które nie przynosi wyraźnych korzyści klientom, ale sygnalizuje

⁽²⁸⁷⁾ Zob. na przykład wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, pkt 96; wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r. Philips i Philips France/Komisja, T-762/14, EU:T:2016:738, pkt 134–136. Nie jest konieczne, aby informacje te odnosiły się bezpośrednio do cen. Wymiana informacji, które stanowią element decydujący o cenie, jaką zapłaci ostateczny konsument, również może być ograniczeniem ze względu na cel. Zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., T-Mobile Netherlands i in., C-8/08, EU:C:2009:343, pkt 37.

⁽²⁸⁸⁾ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, pkt 85 i 96; wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r. Philips i Philips France/Komisja, T-762/14, EU:T:2016:738, pkt 104.

⁽²⁸⁹⁾ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, pkt 70.

⁽²⁹⁰⁾ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, pkt 98.

⁽²⁹¹⁾ Wyrok z dnia 9 września 2015 r., Samsung SDI i in./Komisja, T-84/13, EU:T:2015:611, pkt 51.

⁽²⁹²⁾ Wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., Infineon Technologies/Komisja, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, pkt 96.

⁽²⁹³⁾ Decyzja Komisji z dnia 8 lipca 2021 r. w sprawie AT.40178 – Emisja spalin przez samochody, motywy 84, 107 i 124–126.

⁽²⁹⁴⁾ Zob. wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., HSBC Holdings i in./Komisja, C-883/19 P, EU:C:2023:11, pkt 120–121, w których wyjaśniono, że art. 101 ma na celu ochronę nie tylko bezpośrednich interesów poszczególnych konkurentów lub konsumentów, lecz również ochronę struktury rynku i w ten sposób – konkurencji jako takiej.

⁽²⁹⁵⁾ Wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., Campine i Campine Recykling/Komisja, T-240/17, EU:T:2019:778, pkt 308.

konkurentom, jak powinni postępować lub jakie są konsekwencje działania lub zaniechania działania w określony sposób, lub jak przedsiębiorstwo zareaguje na zachowanie konkurentów, zostanie uznane za ograniczenie ze względu na cel.

417. Jeżeli wymiana informacji stanowi porozumienie lub praktykę uzgodnioną między co najmniej dwoma konkurentami, mające na celu koordynację ich zachowań konkurencyjnych na rynku lub wpływ na istotne parametry konkurencji, wymiana ta może zostać uznana za kartel. Ma to miejsce w szczególności, w przypadku gdy wymiana informacji dotyczy ustalania lub koordynowania cen zakupu lub sprzedaży lub ustalania lub koordynowania innych warunków handlowych, w tym w odniesieniu do praw własności intelektualnej, przydzielania kontyngentów produkcji lub sprzedaży, podziału rynków i klientów, w tym z umowy przetargowej, ograniczania przywozu lub wywozu lub działań antykonkurencyjnych podejmowanych przeciwko innym konkurentom. Wymiana informacji stanowiąca kartel nie tylko ogranicza konkurencję ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1, lecz także najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3. Wymiana informacji może także ułatwiać wprowadzenie kartelu w życie poprzez umożliwianie przedsiębiorstwom monitorowania, czy uczestnicy stosują się do uzgodnionych warunków. Takie rodzaje wymiany informacji będą oceniane jako element kartelu.
418. Porozumienia o wymianie danych, w ramach których dane wnoszą różni konkurenci, zasadniczo nie stanowią ograniczenia konkurencji ze względu na cel, jeżeli zostanie stwierdzone, że mają one rzeczywiste prokonkurencyjne skutki spełniające wymogi określone w pkt 419.

Na przykład zbiór danych, w ramach którego wymienia się (częściowo) wrażliwe dane handlowe, co stanowi odpowiedź na asymetrię informacji na rynku nieskoncentrowanym i przyniesie korzyści konsumentom, prawdopodobnie nie zostanie uznany za ograniczenie ze względu na cel, jeżeli uczestnicy zapewnią, aby wszelkie wrażliwe dane handlowe, które uczestnicy ci wymieniają w ramach wspomnianego zbioru, były konieczne i proporcjonalne do osiągnięcia celu prokonkurencyjnego. Uczestnicy mogą przykładowo w jak największym stopniu wykorzystywać dane zagregowane i historyczne, zmniejszyć częstotliwość wymiany oraz wdrożyć środki ograniczające dostęp do wymienianych informacji lub kontrolować sposób ich wykorzystania. Uczestnicy powinni zadbać o to, by porozumienie było ustanowione w sposób przejrzysty.

419. Co więcej, w ocenie tego, czy wymiana informacji stanowi ograniczenie ze względu na cel, należy uwzględnić wszelkie argumenty przedstawione przez strony na to, że ta wymiana jest prokonkurencyjna. W tym względzie samo istnienie takich prokonkurencyjnych skutków nie może samo w sobie wykluczać uznania wymiany za ograniczenie ze względu na cel. Takie prokonkurencyjne skutki muszą być wykazane, istotne, konkretnie związane z daną wymianą informacji i na tyle znaczące, aby dawać podstawy dla uzasadnionych wątpliwości co do tego, czy dana wymiana powoduje dostateczny stopień szkodliwości dla konkurencji⁽²⁹⁶⁾. Jeżeli te warunki są spełnione, wymagana jest pełna ocena skutków danej wymiany informacji w celu ustalenia, czy stanowi ona ograniczenie konkurencji ze względu na skutek (zob. sekcja 6.2.7).

6.2.7. Ograniczenie konkurencji ze względu na skutek

420. Wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych, która sama w sobie nie wykazuje dostatecznego stopnia szkodliwości dla konkurencji w świetle jej treści, celów oraz kontekstu gospodarczego i prawnego, w który się ona wpisuje, może mimo wszystko mieć skutki ograniczające konkurencję⁽²⁹⁷⁾.
421. Jak wskazano w sekcji 1.2.5, te skutki dla konkurencji należy przeanalizować osobno dla poszczególnych przypadków, ponieważ wynik oceny zależy od połączenia różnych czynników właściwych dla konkretnego przypadku. W ramach tej oceny Komisja porówna faktyczne lub potencjalne skutki wymiany informacji dla rynku z sytuacją, która miałaby miejsce w przypadku braku tej konkretnej wymiany informacji⁽²⁹⁸⁾. Aby można było uznać, że wymiana informacji ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, prawdopodobny musi być odczuwalny negatywny wpływ takiej wymiany na funkcjonowanie danego rynku przez oddziaływanie na jeden (lub więcej) z parametrów konkurencji na tym rynku, w tym na przykład na cenę, produkcję, jakość produktów oraz różnorodność lub innowacyjność produktów.
422. Do celów oceny ewentualnych skutków ograniczających istotne są: charakter wymienianych informacji (zob. sekcja 6.2.3), cechy wymiany (zob. sekcja 6.2.4) i cechy rynku (zob. sekcja 6.2.5)⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁶⁾ Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., HSBC Holdings i in./Komisja, C-883/19 P, EU:C:2023:11, pkt 195–205.

⁽²⁹⁷⁾ Wskazówki zawarte w pozostałej części niniejszej sekcji 6.2.7 mają zastosowanie wyłącznie do wymiany informacji, która nie ogranicza konkurencji ze względu na cel.

⁽²⁹⁸⁾ Wyrok z dnia 28 maja 1998 r., John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, pkt 76.

⁽²⁹⁹⁾ Wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 54.

423. Aby istniało prawdopodobieństwo, że wymiana informacji wywoła skutki ograniczające konkurencję, przedsiębiorstwa uczestniczące w tej wymianie muszą mieć wystarczająco duży udział w rynku właściwym⁽³⁰⁰⁾. W przeciwnym razie konkurenci, którzy nie uczestniczą w wymianie, mogą ograniczyć wszelkie antykonkurencyjne zachowanie przedsiębiorstw zaangażowanych w wymianę. „Wystarczająco dużego udziału w rynku” nie da się zdefiniować teoretycznie – będzie on zależał od określonej sytuacji faktycznej każdego przypadku, struktury rynku i rodzaju przedmiotowej wymiany⁽³⁰¹⁾.
424. 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. Jest bardziej prawdopodobne, że wymiana informacji w wąskich oligopolach doprowadzi do skutków ograniczających konkurencję, natomiast na rynkach bardzo rozdrobnionych jest mało prawdopodobne, by wymiana ta doprowadziła do takich skutków.
- 6.3. **Ocena na podstawie art. 101 ust. 3**
- 6.3.1. *Przyrost wydajności*⁽³⁰²⁾
425. Wymiana informacji może prowadzić do przyrostu wydajności w zależności od charakteru wymienianych informacji, cech wymiany oraz struktury rynku. W kontekście oceny na podstawie art. 101 ust. 3 uwzględnione zostaną wszelkie prokonkurencyjne skutki wynikające z wymiany informacji.

Przykłady przyrostu wydajności, które można brać pod uwagę, są następujące:

Przedsiębiorstwa mogą osiągnąć większą wydajność przez porównywanie swoich wyników z najlepszymi praktykami w danej branży.

Wymiana informacji może przyczynić się do odporności rynku, umożliwiając przedsiębiorstwom szybsze reagowanie na zmiany popytu i podaży oraz pozwalając im na ograniczenie wewnętrznego i zewnętrznego ryzyka związanego z zakłóceniami lub podatnością łańcucha dostaw.

Wymiana informacji może przynieść korzyści zarówno konsumentom, jak i przedsiębiorstwom, umożliwiając im porównywanie cen lub jakości produktów, na przykład dzięki publikacji list bestsellerów lub danych porównawczych dotyczących cen. Wymiana ta może zatem pomóc konsumentom i przedsiębiorstwom w dokonywaniu bardziej świadomych wyborów (i skutkować ograniczeniem kosztów poszukiwania produktu).

Wymiana informacji w formie udostępniania danych może mieć zasadnicze znaczenie dla rozwoju nowych produktów, usług i technologii.

Łączenie danych na temat producentów dostarczających zrównoważone produkty lub producentów stosujących zrównoważone procesy produkcji może pomóc przedsiębiorstwom w spełnianiu wymogów w zakresie zrównoważonego rozwoju wynikających z prawa Unii lub prawa krajowego.

Wymiana informacji o konsumentach między przedsiębiorstwami świadczącymi usługi ubezpieczeniowe na rzecz konsumentów może poprawić znajomość ryzyka i ułatwić ocenę ryzyka przez poszczególne przedsiębiorstwa. To z kolei może przynieść korzyści konsumentom, umożliwiając im dostęp do usług ubezpieczeniowych, które nie byłyby dostępne bez kompleksowego profilu ryzyka.

Wymiana danych między platformami handlu elektronicznego na temat sprzedawców internetowych zaangażowanych w nielegalne praktyki, takie jak sprzedaż podrabianych produktów, może ułatwić identyfikację tych produktów na poszczególnych rynkach, co tym samym ochroni konsumentów przed zakupem takich produktów.

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 informacji powstałych w ramach ich relacji z jednym dostawcą, gdyby zaczęli korzystać z usług innego dostawcy.

⁽³⁰⁰⁾ W niektórych przypadkach wymiana informacji może przynieść korzyści tylko wtedy, gdy obejmie wystarczająco duży udział w rynku. Może to mieć miejsce na przykład w przypadku zestawiania informacji w sektorze usług finansowych, gdzie wykorzystanie niewiążących rejestrów kredytowych oraz wspólnych zestawień pozwala poprawić wiedzę na temat ryzyka i ułatwić ocenę ryzyka dla poszczególnych przedsiębiorstw.

⁽³⁰¹⁾ W decyzji z dnia 30 czerwca 2022 r. w sprawie AT.40511, Insurance Ireland, Komisja stwierdziła, że wymiana obejmowała znaczącą część rynku właściwego. W tym przypadku uczestnicy wymiany odpowiadali za 98 % rynku właściwego.

⁽³⁰²⁾ Omówienie potencjalnego przyrostu wydajności wynikającego z wymiany informacji nie ma charakteru wyczerpującego.

6.3.2. Niezbędność

426. 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 być w stanie wykazać, że charakter wymienianych informacji i cechy wymiany są najmniej ograniczającymi środkami prowadzącymi do osiągnięcia przyrostu wydajności, na który powołują się te strony. W szczególności wymiana nie powinna obejmować informacji wykraczających poza zmienne, które są istotne dla osiągnięcia przyrostu wydajności.

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

6.3.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

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

6.3.4. Nieeliminowanie konkurencji

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

6.4. Przykłady, etapy samooceny oraz tabela zawierająca wskazówki dotyczące odpowiedzialności w różnych warunkach

429. Analiza porównawcza

Przykład 1

Sytuacja: Trzy przedsiębiorstwa, które łącznie posiadają 80 % udziału w stabilnym, niezłożonym⁽³⁰³⁾, skoncentrowanym rynku o wysokich barierach wejścia, często wymieniają bezpośrednio między sobą niejawnie informacje na temat znacznej części swoich indywidualnych kosztów zmiennych. Przedsiębiorstwa twierdzą, że wymieniają informacje, aby dokonywać analizy porównawczej swoich wyników w stosunku do konkurentów, aby osiągnąć większą wydajność.

Analiza: Informacje o kosztach mogą być szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, a przez wymianę strony mogą usunąć lub zmniejszyć niepewność między nimi co do czasu, zakresu i szczegółów zmian, które mają one przyjąć w swoim zachowaniu na rynku. W zależności od oceny treści, celów oraz kontekstu prawnego i gospodarczego danej wymiany, wymiana taka może zatem stanowić naruszenie ze względu na cel. Ponieważ strony twierdzą, że wymiana informacji ma cel prokonkurencyjny, takie prokonkurencyjne skutki muszą być wykazane, istotne, konkretnie związane z daną wymianą informacji i na tyle znaczące, aby dawać podstawy dla uzasadnionych wątpliwości co do tego, czy dana wymiana powoduje dostateczny stopień szkodliwości dla konkurencji.

Jeżeli wymieniane informacje same w sobie nie wykazują dostatecznego stopnia szkodliwości dla konkurencji, ponieważ nie pozwalają usunąć niepewności co do indywidualnego zachowania uczestników na rynku, należy ocenić wpływ tych informacji na dany rynek. Ze względu na strukturę rynku i duży udział w rynku uczestników wymiany informacji fakt, że wymieniane informacje dotyczą dużej części kosztów zmiennych przedsiębiorstw, a w szczególności mając na uwadze to, że dane wymienia się w formie zindywidualizowanej, wymiana informacji prawdopodobnie ułatwia zmonę. Wymiana ta może zatem wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Spełnienie warunków 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 powierzenie osobie trzeciej zbierania, anonimizacji i agregowania danych 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 zmonę na rynku.

⁽³⁰³⁾ Zob. pkt 412.

430. Porozumienie o wymianie danych w celu rozwiązania problemu braków w zaopatrzeniu

Przykład 2

Sytuacja: Na rynku, który często boryka się z brakami w zaopatrzeniu, prowadzi działalność wielu producentów podstawowych produktów. W celu poprawy zaopatrzenia i zwiększenia produkcji w najbardziej efektywny i celowy sposób, stowarzyszenie branżowe proponuje gromadzenie i modelowanie danych dotyczących popytu i podaży dla omawianych produktów podstawowych. Ponadto stowarzyszenie gromadziłoby dane pozwalające określić zdolności produkcyjne, istniejące zapasy oraz możliwości optymalizacji łańcucha dostaw. Stowarzyszenie dzieliłoby się wynikami gromadzenia i modelowania danych ze swoimi członkami za pośrednictwem kanałów niepublicznych.

Analiza: Przedmiotowe porozumienie o wymianie danych ma cel prokonkurencyjny i – w zależności od oceny kontekstu prawnego i gospodarczego – zasadniczo nie stanowi ograniczenia konkurencji ze względu na cel. W związku z tym należy ocenić jego wpływ na rynek. Ponieważ gromadzone dane są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi, wymiana może skutkować ograniczeniem konkurencji między uczestniczącymi producentami. Ponadto producenci, którzy nie są członkami stowarzyszenia branżowego, mogą znaleźć się w gorszym położeniu konkurencyjnym w porównaniu z przedsiębiorstwami, które w wymianie uczestniczą. Aby uniknąć ryzyka zмовy, można zastosować szereg środków. Przykładowo można by wyznaczyć firmę doradczą do pomagania stowarzyszeniu w gromadzeniu danych i agregowaniu ich w modelu, przy czym dane podlegałyby umowom o poufności zawartym z każdym z producentów. Dane zagregowane mogłyby być przekazywane producentom w celu przywrócenia równowagi i dostosowania wykorzystania ich indywidualnych mocy produkcyjnych, produkcji i dostaw.

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

431. Wykorzystywanie jawnych ogłoszeń

Przykład 3

Sytuacja: Czterech dostawców o łącznym udziale w rynku wynoszącym 70 % często ogłasza publicznie przyszłe ceny, umieszczając je na swoich stronach internetowych i wydając związane z nimi oświadczenia prasowe. Między datą ogłoszenia cen a datą, w której ogłoszone ceny są dostępne dla klientów na potrzeby złożenia zamówienia, upływa zazwyczaj kilka miesięcy. W tym okresie powyżsi dostawcy często korygują ogłoszone ceny. Kadra kierownicza tych dostawców regularnie publicznie komentuje ogłoszenia cenowe swoich konkurentów i wyjaśnia, w jaki sposób konkurenci powinni skorygować swoje ceny. Dostawcy ci twierdzą, że robią to, aby poinformować inwestorów o przyszłych wynikach ich przedsiębiorstwa.

Analiza: Do zмовy mogą doprowadzić zwłaszcza informacje o przyszłym zachowaniu przedsiębiorstwa dotyczącym cen lub ilości. Informacje ogłaszane publicznie są szczególnie chronionymi informacjami handlowymi i wraz z komentarzami wspomnianej kadry kierowniczej wymiana ta pozwala usunąć niepewność między uczestnikami, jeżeli chodzi o przyszłe zamiary w odniesieniu do cen. Jest mało prawdopodobne, by tego rodzaju publiczna komunikacja przyniosła korzyści klientom, na przykład umożliwiając im podejmowanie świadomych decyzji o zakupie, ponieważ ogłoszone ceny są jeszcze często zmieniane przed dniem ich wejścia w życie. Nie wydaje się zatem, by ogłoszenia cen stanowiły uzasadnioną próbę informowania klientów. Ponadto publiczne komentarze kadry kierowniczej dotyczące cen rywalizujących dostawców mogą umożliwić uczestniczącym dostawcom wypracowanie wzajemnego zrozumienia schematu

nagroda-kara, który jest charakterystyczny dla zмовy. W zależności od pozostałych elementów kontekstu gospodarczego i prawnego wydaje się, że wymiana może usunąć niepewność między uczestnikami co do czasu, zakresu i szczegółów zmian, które zainteresowane przedsiębiorstwa mają przyjąć w swoim postępowaniu na rynku. Powyższą wymianę można zatem uznać za ograniczenie ze względu na cel.

432. Jednostronne jawne ogłoszenia

Przykład 4

Sytuacja: Podczas okresowego omawiania wyników finansowych dyrektor generalna dużego producenta produktu jednorodnego nawiązuje publicznie do potrzeby zareagowania na ostatnie podwyżki cen surowców i rozwiązania problemu obecnych zbyt niskich marż zysku poprzez podwyżkę cen w całej branży. Stwierdza, że zgodziłaby się na każdą podwyżkę cen, jaką ogłosiliby na rynku konkurenci. Wyraża również przekonanie, że branża jest „wystarczająco zdyscyplinowana”, aby wiedzieć, co jest potrzebne do tego, by „przywrócić prawidłowe marże”. W końcu, jak mówi, branża z powodzeniem wprowadziła podwyżki cen 10 lat temu, gdy znalazła się w podobnej sytuacji.

Analiza: Wypowiedzi wspomnianej dyrektor generalnej podczas omawiania wyników finansowych można odczytać jako jednostronne zaproszenie do zмовy. Fakt, że to ogłoszenie zostaje dokonane publicznie, sam w sobie nie wyklucza, że mogłoby ono stanowić praktykę uzgodnioną w rozumieniu art. 101 ust. 1. Oświadczenia mogą stanowić potencjalny punkt odniesienia do celów koordynacji między konkurentami. Jeżeli na przykład inni konkurenci wydają równoczesne oświadczenia lub zachowują się na rynku w sposób pokazujący, że wzięli pod uwagę to zaproszenie do zмовy przy określaniu własnego przyszłego sposobu działania na tym rynku, oraz w zależności od kontekstu prawnego i gospodarczego, zachowanie to może stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1. Inni konkurenci mogą ograniczyć takie ryzyko poprzez publiczne zdystansowanie się od ogłoszeń lub poprzez zgłoszenie takiego przypadku organom publicznym.

433. Wymiana danych w celu zwalczania podrabiania

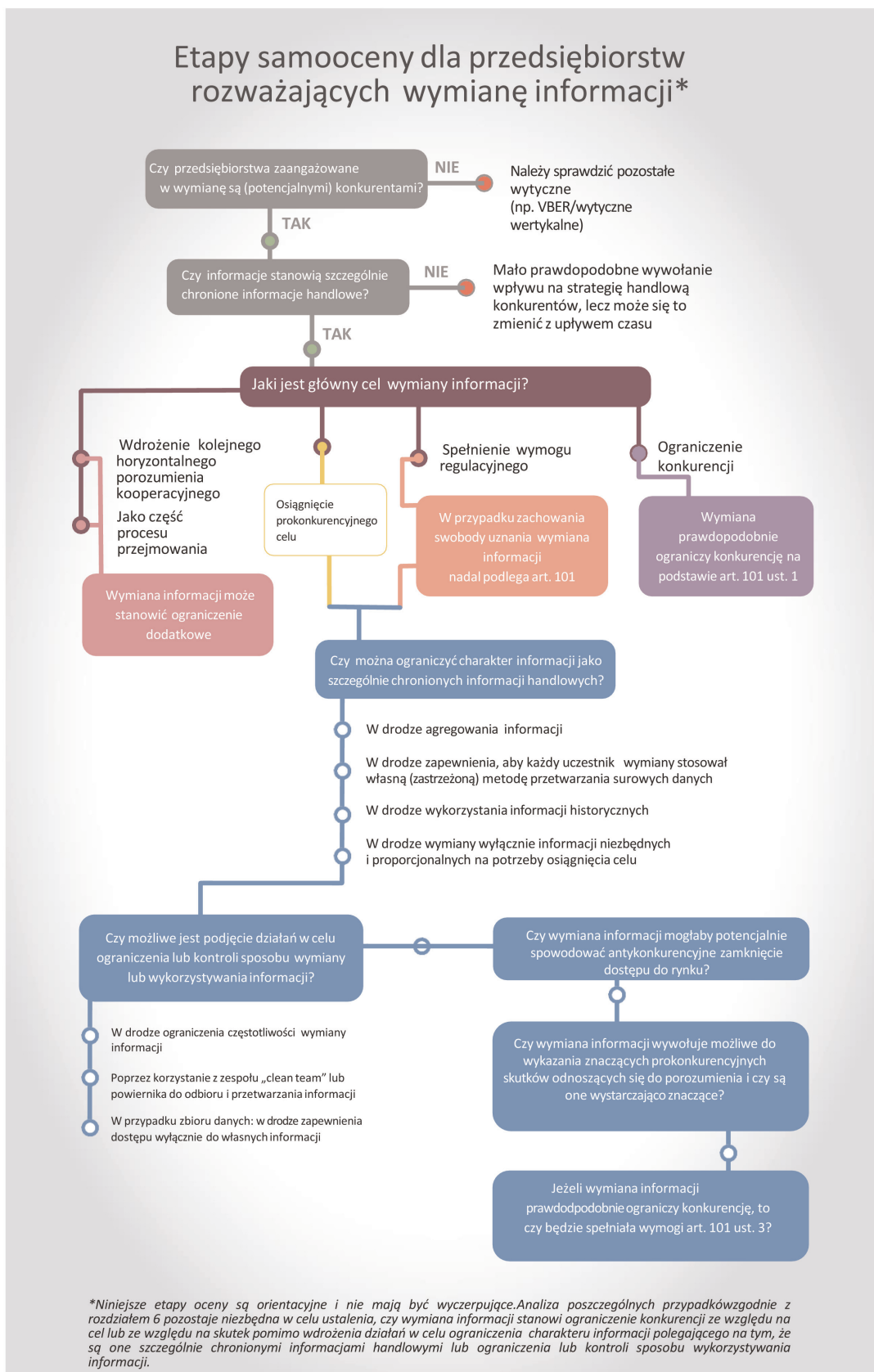
Przykład 5

Sytuacja: Właściciel marki identyfikuje na kilku platformach mediów społecznościowych konta, które mają podobną nazwę do nazwy jego marki. Po sprawdzeniu odnośnych kont ten właściciel marki ustala, że pod jego marką sprzedawane są podrobione produkty, zarówno na platformach mediów społecznościowych, jak i za pośrednictwem linku przekierowującego do podrobionej strony internetowej. Przedstawiciele prawni powyższego właściciela marki kontaktują się następnie z jedną z platform mediów społecznościowych w celu (i) zlikwidowania odnośnego konta i zablokowania danemu użytkownikowi możliwości tworzenia nowych kont w przyszłości oraz (ii) przekazania tej platformie informacji umożliwiających identyfikację fałszerza z myślą o wszczęciu powództwa, takich jak imię i nazwisko/nazwa, adres, adres IP, e-mail itp. Właściciel marki zwraca się następnie do platform mediów społecznościowych o udostępnienie tych informacji innym pośrednikom i platformom, aby uniknąć zjawiska wyszukiwania dogodnych platform do celu promowania lub sprzedaży nielegalnie wyprodukowanych towarów, które naruszają prawa własności intelektualnej.

Analiza: Wymiana informacji między platformami mediów społecznościowych ma na celu zapobieganie sprzedaży podrabianych produktów i – biorąc pod uwagę ten cel – nie stanowi ograniczenia konkurencji ze względu na cel. Ponadto, jeżeli chodzi o treść tej wymiany, jest mało prawdopodobne, aby wymieniane informacje stanowiły szczególnie chronione informacje handlowe. Każda wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych musiałaby być ograniczona do zakresu, jaki jest obiektywnie niezbędny do skutecznej identyfikacji fałszerza. Aby zapewnić przejrzystość, wymiana ta powinna być udokumentowana.

Inni uczestnicy rynku, którzy nie ucierpieli bezpośrednio przez tą działalność związaną z podrabianiem, nie znaleźliby się w wyniku wymiany informacji w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej, ponieważ zapobieganie sprzedaży podróbek nie ma na nich wpływu. Aby jednak uniknąć ryzyka zмовy, można by wdrożyć szereg środków, takich jak zawarcie między stronami umów o poufności.

434. Etapy samooceny



435. Odpowiedzialność za wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych w różnych okolicznościach ⁽³⁰⁴⁾

Format wymiany	Odpowiedzialność po stronie A	Odpowiedzialność po stronie B	Odpowiedzialność po stronie C
Bezpośrednia wymiana między A i B	Tak	Tak	—
Bezpośrednia wymiana z A do B	Tak ⁽¹⁾	Jeżeli B pozostaje aktywne na rynku, organy mogą oprzeć się na domniemaniu, że B bierze pod uwagę odnośne informacje, chyba że B publicznie się od nich zdystansuje lub zgłosi to tym organom	—
Publiczne ujawnienie informacji przez A; informacje otrzymuje B	Tak, jeżeli ujawnienie to stanowi praktykę uzgodnioną	Możliwe, że jest to praktyka uzgodniona, jeżeli organy są w stanie wykazać, że B zażądało tych informacji lub je przyjęło. Organy mogą oprzeć się na domniemaniu, że B bierze je pod uwagę, chyba że B publicznie się od nich zdystansuje lub zgłosi dane ujawnienie tym organom	—
Wymiana pośrednia z A do B za pośrednictwem C	A ponosi odpowiedzialność, jeżeli w sposób wyraźny lub dorozumiany zgodziło się wraz z C na ujawnienie informacji B lub było tego świadome i było gotowe zaakceptować ryzyko	B ponosi odpowiedzialność, jeżeli zażądało informacji lub je przyjęło i działało na ich podstawie. Organy mogą oprzeć się na domniemaniu, że B bierze je pod uwagę, chyba że B publicznie się od nich zdystansuje lub zgłosi dane ujawnienie tym organom	C ponosi odpowiedzialność jako pośrednik, jeżeli było świadome antykonkurencyjnych celów A i zamierzało przyczynić się do ich realizacji

⁽¹⁾ Jeżeli B publicznie zdystansuje się lub zgłosi wymianę informacji organom, odpowiedzialność A zależałaby od tego, czy można stwierdzić istnienie uzgodnionej praktyki.

7. POROZUMIENIA STANDARYZACYJNE

7.1. Wprowadzenie

436. Głównym celem porozumień standaryzacyjnych jest definiowanie wymogów technicznych lub jakościowych, które mogą spełniać obecne lub przyszłe produkty, procesy produkcji, procesy należytej staranności łańcucha wartości, usługi lub metody ⁽³⁰⁵⁾. 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 usługami. Warunki uzyskania danego znaku jakości lub zatwierdzenia przez organ regulacyjny mogą również być uznawane za normę, podobnie jak umowy określające normy zrównoważonego rozwoju. Normy zrównoważonego rozwoju są podobne do porozumień standaryzacyjnych omówionych w niniejszym rozdziale, ale mają też pewne cechy szczególne. W związku z tym wskazówki dotyczące norm zrównoważonego rozwoju przedstawiono w rozdziale 9.

⁽³⁰⁴⁾ Niniejsza tabela zawiera przegląd istotnych czynników przy ocenie odpowiedzialności za wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych w różnych kontekstach. Tabela ta ma charakter orientacyjny i nie jest wyczerpująca.

⁽³⁰⁵⁾ Normalizacja może przybierać rozmaite formy, począwszy od przyjęcia norm opartych na konsensusie przez uznane międzynarodowe, europejskie lub krajowe organy normalizacyjne, poprzez oparte na konsensusie specyfikacje techniczne opracowywane przez konsorcja i fora, aż po umowy między poszczególnymi przedsiębiorstwami.

437. Niniejsze wytyczne nie obejmują przygotowania i tworzenia norm technicznych jako części wykonywania uprawnień publicznych⁽³⁰⁶⁾. Europejskie organizacje normalizacyjne uznane na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012⁽³⁰⁷⁾ podlegają prawu konkurencji w zakresie, w jakim mogą zostać uznane za przedsiębiorstwa lub stowarzyszenia przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 i 102⁽³⁰⁸⁾. Niniejsze wytyczne nie dotyczą norm związanych z usługami świadczonymi w ramach wolnych zawodów, takich jak zasady dopuszczenia do wykonywania tych zawodów.

7.2. Rynki właściwe

438. Porozumienia standaryzacyjne mogą wywierać skutki na czterech potencjalnych rynkach, które należy definiować zgodnie z obwieszczeniem Komisji w sprawie definicji rynku. Po pierwsze, opracowywanie norm może wpływać na rynki towarów lub usług, których normy dotyczą. Po drugie, jeżeli opracowywanie norm obejmuje rozwój lub wybór technologii lub jeżeli prawa własności intelektualnej są przedmiotem obrotu oddzielnie od produktów, z którymi są związane, norma może wpływać na rynek właściwy technologii⁽³⁰⁹⁾. Po trzecie, jeżeli istnieje kilka różnych organów lub porozumień standaryzacyjnych, może występować wpływ na rynek dotyczący opracowywania norm. Po czwarte, w stosownych przypadkach opracowywanie norm może wpływać na odrębny rynek testowania i certyfikacji.

7.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

7.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

439. Porozumienia standaryzacyjne przynoszą zwykle duże pozytywne skutki gospodarcze⁽³¹⁰⁾, ponieważ na przykład promują wzajemne przenikanie się czynników gospodarczych na rynku wewnętrznym oraz sprzyjają rozwojowi nowych i ulepszonych produktów lub rynków i poprawie warunków dostaw. Normy powodują zatem zwykle zwiększenie konkurencji oraz obniżenie kosztów produkcji i sprzedaży, przynosząc korzyści całej gospodarce. Normy mogą także przyczyniać się do podtrzymywania i poprawy jakości produktu, bezpieczeństwa, dostarczania informacji oraz zapewniania interoperacyjności i zgodności (zwiększając w ten sposób wartość dla konsumentów).

440. W odniesieniu do norm obejmujących prawa własności intelektualnej (PWI)⁽³¹¹⁾ można wyodrębnić trzy główne grupy przedsiębiorstw posiadających odmienne interesy co do procesu opracowywania norm.

- a) Pierwszą stanowią przedsiębiorstwa prowadzące działalność tylko na rynku wyższego szczebla, które wyłącznie opracowują technologie i wprowadzają je do obrotu. Są to również przedsiębiorstwa, które nabywają technologię w celu udzielania na nią licencji. Ich jedynym źródłem dochodu są dochody z licencji, a motywacją – maksymalne zwiększenie opłat licencyjnych.
- b) Drugą grupę stanowią przedsiębiorstwa prowadzące działalność tylko na rynku niższego szczebla, które jedynie wytwarzają produkty lub świadczą usługi oparte na technologiach opracowanych przez inne podmioty i nie posiadają odpowiednich PWI. Opłaty licencyjne stanowią dla nich koszt, a nie źródło dochodu, a motywacją dla nich jest obniżenie opłat licencyjnych.
- c) Ostatnią grupę stanowią przedsiębiorstwa zintegrowane, które zarówno opracowują technologie chronione PWI, jak i wytwarzają produkty, na które musiałyby uzyskać licencję. Motywacje w przypadku tych przedsiębiorstw są mieszane. Z jednej strony mogą one uzyskiwać dochody z licencjonowania swoich PWI. Z drugiej strony mogą również być zmuszone do ponoszenia opłat licencyjnych na rzecz innych przedsiębiorstw posiadających PWI, które są kluczowe dla normy mającej zastosowanie dla ich własnych produktów. Mogą one zatem dokonywać wymiany posiadanych własnych licencji na kluczowe PWI na licencje na kluczowe PWI będące w posiadaniu innych przedsiębiorstw lub wykorzystywać swoje PWI w celach obronnych. Ponadto przedsiębiorstwa mogą również spieniężać swoje PWI w inny sposób niż za pomocą opłat licencyjnych. W praktyce wiele przedsiębiorstw stosuje mieszankę tych modeli biznesowych.

⁽³⁰⁶⁾ Zob. wyrok z dnia 26 marca 2009 r., Selex Sistemi Integrati/Komisja, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, pkt 92.

⁽³⁰⁷⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz.U. L 316 z 14.11.2012, s. 12).

⁽³⁰⁸⁾ Zob. wyrok z dnia 12 maja 2010 r., EMC Development/Komisja, T-432/05, EU:T:2010:189.

⁽³⁰⁹⁾ Zob. rozdział 2 dotyczący porozumień badawczo-rozwojowych, jak również wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień o transferze technologii, (Dz.U. C 89 z 28.3.2014, s. 3), pkt 20–26, („wytyczne w sprawie transferu technologii”), które dotyczą aspektów definicji rynku mających szczególne znaczenie w dziedzinie licencjonowania praw do technologii. Przykład definicji rynku na podstawie wytycznych można znaleźć w decyzji Komisji w sprawie AT.39985, Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS, motywy 184–220.

⁽³¹⁰⁾ Zob. także pkt 475.

⁽³¹¹⁾ W niniejszym rozdziale przez PWI rozumie się w szczególności patenty (z wyłączeniem niepublikowanych zgłoszeń patentowych). Jeśli jednak inne kategorie PWI dają ich posiadaczowi skuteczną kontrolę nad wykorzystaniem normy, należy stosować te same zasady.

441. Uczestnicy normalizacji niekoniecznie są konkurentami. Opracowywanie norm może jednak w specyficznych okolicznościach, w przypadku gdy zaangażowani są konkurenci, wywołać również skutki ograniczające konkurencję, ograniczając konkurencję cenową i ograniczając lub kontrolując produkcję, rynki, rozwój innowacyjny lub technologiczny. Jak wyjaśniono poniżej, może się to odbywać na trzy główne sposoby, tj. poprzez a) ograniczenie konkurencji cenowej, b) zamknięcie dostępu do innowacyjnych technologii bądź c) wykluczenie niektórych przedsiębiorstw albo dyskryminacyjne ich traktowanie poprzez uniemożliwienie im faktycznego dostępu do normy.
442. Po pierwsze, zaangażowanie się przedsiębiorstw w antykonkurencyjną wymianę informacji w kontekście opracowywania norm może spowodować zmniejszenie lub wyeliminowanie konkurencji cenowej na danych rynkach lub ograniczenie lub kontrolowanie produkcji, co z kolei może ułatwić zawarcie zмовy na rynku⁽³¹²⁾.
443. 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 została już wybrana jako mająca być włączona do normy, a norma została ustalona, niektóre technologie i przedsiębiorstwa mogą napotkać barierę wejścia i mogą być potencjalnie wykluczone z rynku. Ponadto normy wymagające wyłącznego stosowania pewnej szczególnej technologii mogą utrudniać rozwój i upowszechnianie innych technologii. Ten sam skutek może mieć uniemożliwianie rozwoju innych technologii poprzez zobowiązanie członków organizacji opracowującej normy do wyłącznego stosowania pewnej szczególnej normy. Ryzyko ograniczenia innowacji jest większe w przypadku bezzasadnego wykluczenia z procesu opracowywania norm jednego lub kilku przedsiębiorstw.
444. Po trzecie normalizacja może mieć skutki antykonkurencyjne, ponieważ może uniemożliwiać niektórym przedsiębiorstwom uzyskanie faktycznego dostępu do wyników procesu opracowywania norm (tj. specyfikacji lub PWI kluczowych dla wdrażania normy). Jeśli przedsiębiorstwu zupełnie uniemożliwia się dostęp do wyników normy lub jeśli taki dostęp udzielany jest na restrykcyjnych lub dyskryminujących zasadach, istnieje ryzyko wystąpienia skutków antykonkurencyjnych. System, w którym potencjalnie istotne PWI są z góry ujawniane, może zwiększyć prawdopodobieństwo udzielenia faktycznego dostępu do normy⁽³¹³⁾, ponieważ umożliwia on uczestnikom określenie, jakie technologie są objęte PWI, a jakie nie. Prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji mają umożliwić realizację tych samych celów⁽³¹⁴⁾ – promowania dobrobytu konsumentów i innowacji oraz efektywną alokację zasobów. PWI promują dynamiczną konkurencję, zachęcając przedsiębiorstwa do inwestowania w opracowywanie nowych lub ulepszonych produktów i procesów. PWI są zatem zasadniczo prokonkurencyjne. Przedsiębiorstwo posiadające PWI kluczowe dla wdrażania normy mogłoby jednak – z racji posiadanych praw i w specyficznym kontekście opracowywania norm – zyskać także kontrolę nad stosowaniem normy. Jeśli norma stanowi barierę wejścia na rynek, przedsiębiorstwo mogłoby tym samym kontrolować rynek produktowy lub usługowy, którego ta norma dotyczy. To z kolei mogłoby skłonić przedsiębiorstwa do antykonkurencyjnych zachowań, np. odmowy udzielenia licencji na niezbędne PWI bądź narzucania dyskryminujących lub nadmiernie wysokich⁽³¹⁵⁾ opłat licencyjnych, co uniemożliwia faktyczny dostęp do normy (ang. „hold-up”). Odwrotna sytuacja może również wystąpić, gdy negocjacje licencyjne przeciągają się z przy czyn leżących wyłącznie po stronie użytkownika normy. Może to obejmować np. odmowę uiszczenia opłaty licencyjnej na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunkach („FRAND”) lub stosowanie strategii opóźniających (ang. „hold-out”)⁽³¹⁶⁾.

⁽³¹²⁾ W zależności od uczestników procesu opracowywania norm ograniczenia mogą wystąpić na rynku znormalizowanych produktów ze strony dostawcy lub nabywcy.

⁽³¹³⁾ Jeśli towarzyszy temu również zobowiązanie FRAND. Zob. pkt 451–457.

⁽³¹⁴⁾ Zob. wytyczne dotyczące transferu technologii, pkt 7.

⁽³¹⁵⁾ Wysokie opłaty licencyjne mogą zostać uznane za nadmiernie wysokie tylko wówczas, gdy spełnione są warunki nadużycia pozycji dominującej, określone w art. 102 Traktatu i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zob. np. wyrok z dnia 14 lutego 1978 r., *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22.

⁽³¹⁶⁾ Problemy związane z uniemożliwianiem faktycznego dostępu do normy („hold-up”) i problemy związane ze stosowaniem strategii opóźniających („hold-out”) mają co prawda zasadniczo charakter jednostronny, ale te pierwsze wynikają z samego porozumienia standaryzacyjnego, podczas gdy te drugie są nieodłącznie związane z niematerialnym charakterem PWI. Innymi słowy, w trakcie procesu standaryzacji członkowie opracowujący normy uzgadniają konkretne rozwiązania technologiczne spośród (potencjalnie) konkurencyjnych technologii, co może skutkować powstaniem władzy rynkowej, którą posiadacz PWI kluczowych dla normy może wykorzystać do uniemożliwienia dostępu wdrażającym. Natomiast opóźnianie przez wdrażającego, który nie chce przyjąć licencji, nie jest wynikiem standaryzacji, tylko wynika z faktu, że posiadacze PWI mogą ostatecznie zapobiec nielicjonowanemu wykorzystaniu jedynie w drodze postępowania sądowego. Wymogi nałożone przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Huawei/ZTE* na wdrażających PWI kluczowych dla normy, aby uniknąć wniesienia powództwa do sądu krajowego, powinny w normalnych warunkach umożliwić zapewnienie wystarczającej ochrony przed taktyką opóźniania w Unii Europejskiej; zob. wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., *Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. i ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, w szczególności pkt 65–67.

445. 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 ⁽³¹⁷⁾.
- 7.3.2. *Ograniczenia konkurencji ze względu na cel*
446. Porozumienia, w których stosuje się normę jako element szerszego porozumienia ograniczającego konkurencję, ukierunkowanego na wykluczenie faktycznych lub potencjalnych konkurentów, ograniczają konkurencję ze względu na cel. W tej kategorii znalazłyby się na przykład: porozumienie, na mocy którego krajowe stowarzyszenie producentów ustanawia normę i wywiera presję na osoby trzecie, aby nie wprowadzały do obrotu produktów, które nie są zgodne z tą normą, lub zмова osiągnięta przez producentów istniejącego produktu w celu wykluczenia nowej technologii z już istniejącej normy ⁽³¹⁸⁾.
447. 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 ⁽³¹⁹⁾.
- 7.3.3. *Skutki ograniczające konkurencję*
- 7.3.3.1. *Porozumienia, które zasadniczo nie ograniczają konkurencji*
448. Porozumienia standaryzacyjne, które nie ograniczają konkurencji ze względu na cel, muszą być analizowane w ich kontekście prawnym i gospodarczym, w tym z uwzględnieniem charakteru towarów, usług lub technologii, których dotyczą, rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury danego rynku lub rynków, w odniesieniu do ich rzeczywistych i prawdopodobnych skutków dla konkurencji. W przypadku braku władzy rynkowej ⁽³²⁰⁾ 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.
449. W odniesieniu do porozumień w sprawie opracowywania norm, które mogą powodować uzyskanie władzy rynkowej, w pkt 451–457 określono warunki, w których porozumienia takie zasadniczo nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1.
450. Nieprzestrzeganie którejkolwiek z zasad przedstawionych w niniejszej sekcji nie spowoduje domniemania ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Niezbędna będzie jednak samoocena w celu określenia, czy porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, a jeśli tak – czy warunki określone w art. 101 ust. 3 są spełnione. W tym kontekście uznaje się, że istnieją różne modele opracowywania norm i że konkurencja w obrębie i pomiędzy takimi modelami stanowi pozytywny aspekt gospodarki rynkowej. W związku z tym organizacje opracowujące normy mają całkowitą swobodę w ustanawianiu zasad i procedur, które nie naruszają reguł konkurencji, a jednocześnie różnią się od zasad opisanych w pkt 451–457.
451. Jeżeli uczestnictwo w opracowywaniu norm jest nieograniczone, a procedura przyjęcia danej normy – przejrzysta, porozumienie standaryzacyjne, które nie przewiduje obowiązku zgodności ⁽³²¹⁾ z normą i które zapewnia faktyczny dostęp do normy na warunkach FRAND, zwykle nie będzie stanowiło ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.
452. W szczególności, aby zapewnić nieograniczone uczestnictwo, zasady określone przez organizacje opracowujące normy powinny gwarantować wszystkim konkurentom na rynku lub rynkach, na które dana norma wywiera wpływ, możliwość uczestniczenia w procesie prowadzącym do wyboru normy ⁽³²²⁾. Organizacje opracowujące normy powinny również zapewniać obiektywne i niedyskryminacyjne procedury przydzielania prawa głosu oraz, w stosownych przypadkach, obiektywne kryteria wyboru technologii, która ma zostać włączona do normy.

⁽³¹⁷⁾ Zob. decyzja Komisji w sprawie AT.39985, Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS, motywy 221–270.

⁽³¹⁸⁾ Zob. np. decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, Rury preizolowane, motyw 147, w którym to przypadku część naruszenia art. 101 polegała na „stosowaniu norm i standardów w celu zapobieżenia wprowadzeniu nowej technologii lub opóźnienia takiego wprowadzenia, czego skutkiem miało być obniżenie cen”.

⁽³¹⁹⁾ Powyższy punkt nie powinien uniemożliwiać ujawnień *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji w odniesieniu do patentów niezbędnych do spełnienia normy przez poszczególnych posiadaczy PWI lub maksymalnej skumulowanej stawki opłat licencyjnych przez wszystkich posiadaczy PWI, jak opisano w pkt 474. Nie ogranicza on także możliwości tworzenia zasobów patentowych, powstających zgodnie z zasadami określonymi w sekcji IV.4 wytycznych dotyczących transferu technologii lub z decyzją bezpłatnego udzielenia licencji na PWI, które są kluczowe dla normy, jak określono w niniejszym rozdziale.

⁽³²⁰⁾ Zob. również rozdział 1 – Wprowadzenie. W odniesieniu do udziałów w rynku zob. również pkt 472.

⁽³²¹⁾ Zob. również w tym zakresie pkt 464.

⁽³²²⁾ Nieograniczone uczestnictwo powinno obejmować uczestnictwo we wszystkich etapach wspomnianego procesu, w tym udział w fazie przygotowania do procesu standaryzacji w ramach organizacji opracowującej normy, np. w kontekście określonych grup szczególniego interesu tej organizacji.

453. W odniesieniu do kwestii przejrzystości właściwa organizacja opracowująca normy powinna 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.
454. Ponadto zasady organizacji opracowującej normy powinny zapewniać faktyczny dostęp do normy na warunkach FRAND⁽³²³⁾.
455. Jeżeli organizacja opracowująca normy opracowuje normy obejmujące PWI, wyraźna i wyważona polityka dotycząca PWI⁽³²⁴⁾, dostosowana do konkretnej branży i potrzeb danej organizacji, zwiększa prawdopodobieństwo, że wdrażający normę będą posiadać faktyczny dostęp.
456. Aby zagwarantować faktyczny dostęp do normy, polityka dotycząca PWI powinna 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 warunkach FRAND („zobowiązanie FRAND”)⁽³²⁵⁾. Zobowiązania tego należy dokonać przed przyjęciem normy. Równocześnie polityka dotycząca PWI powinna zapewniać posiadaczom PWI możliwość wyłączenia specyficznej technologii z procesu opracowywania norm, a tym samym z zobowiązania FRAND, pod warunkiem że wyłączenie to odbywa się na wczesnym etapie opracowywania normy. W celu zapewnienia skuteczności zobowiązania FRAND od wszystkich uczestniczących posiadaczy PWI, którzy zobowiązują się do przestrzegania tego zobowiązania, powinno się również wymagać zagwarantowania, np. w drodze klauzuli umownej między nabywcą a sprzedającym, że zobowiązanie to jest wiążące dla każdego przedsiębiorstwa, któremu właściciel PWI przekazuje swoje prawa (w tym prawo do udzielania licencji na to PWI). Należy zauważyć, że FRAND może obejmować również nieodpłatne udzielanie licencji.
457. Ponadto polityka dotycząca PWI powinna nakładać na uczestników obowiązek ujawniania w dobrej wierze swoich PWI, które mogą mieć zasadnicze znaczenie dla wdrożenia opracowywanej normy⁽³²⁶⁾. Ma to znaczenie dla a) umożliwienia przedsiębiorstwom z danej branży dokonywania świadomego wyboru technologii, która ma być włączona do normy⁽³²⁷⁾, oraz b) osiągnięcia celu faktycznego dostępu do normy. W miarę opracowywania normy można by aktualizować ujawnianie na podstawie rozsądnych starań zmierzających do wskazania PWI związanych z (przyszłą) normą. W odniesieniu do patentów, ujawnienie PWI powinno zawierać co najmniej numer patentu lub numer zgłoszenia patentowego. Jeżeli informacje te nie są jeszcze publicznie dostępne, wystarczy również, aby uczestnik oświadczył, że może występować z roszczeniami z zakresu PWI w odniesieniu do szczególnej technologii, bez wskazywania specyficznych roszczeń ani wniosków dotyczących tych praw (tzw. ogólne ujawnienie)⁽³²⁸⁾. Należy również zachęcać uczestników do aktualizacji ujawnień w momencie przyjęcia normy, w szczególności w przypadku zmian, które mogą mieć wpływ na istotność lub ważność ich PWI. Ponieważ zagrożenia dotyczące faktycznego dostępu nie są takie same w przypadku organizacji opracowującej normy, realizującej politykę norm objętych bezpłatną licencją⁽³²⁹⁾, kwestia ujawniania PWI nie będzie miała znaczenia w tym kontekście.

⁽³²³⁾ Np. należy zapewnić faktyczny dostęp do specyfikacji normy.

⁽³²⁴⁾ Zgodnie z pkt 456 i 457. Zob. również komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego – Określenie unijnego podejścia do patentów niezbędnych do spełnienia normy („komunikat dotyczący patentów niezbędnych do spełnienia normy”) (COM/2017/0712 final).

⁽³²⁵⁾ Zob. wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. i ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU: C:2015:477, pkt 53: „W tych okolicznościach i ze względu na fakt, że zobowiązanie do udzielenia licencji na warunkach FRAND jest źródłem uzasadnionych oczekiwań osób trzecich, iż właściciel SEP-a faktycznie udzieli im licencji na takich warunkach, odmowa udzielenia przez właściciela SEP-a licencji na tych samych warunkach może stanowić zasadniczo nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE”. Zob. także decyzja Komisji w sprawie AT.39985, Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS, pkt 417: „Biorąc pod uwagę proces standaryzacji, który doprowadził do przyjęcia standardu GPRS, oraz dobrowolne zobowiązanie się Motoroli do udzielenia licencji na SEP Cudak na warunkach FRAND, podmioty wdrażające standard GPRS mają uzasadnione oczekiwanie, że Motorola udzieli im licencji na ten SEP, pod warunkiem że nie są one niechętnie do zawarcia umowy licencyjnej na warunkach FRAND”.

⁽³²⁶⁾ Aby osiągnąć pożądaną 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.

⁽³²⁷⁾ Z kolei „zasadka patentowa” ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorstwo uczestniczące w procesie opracowywania normy celowo ukrywa fakt, że posiada istotne patenty na opracowywaną normę, i zaczyna dochodzić praw patentowych dopiero po uzgodnieniu normy, a zatem inne przedsiębiorstwa są „zobowiązane” do jej stosowania. Gdy „zasadka patentowa” ma miejsce w trakcie procesu opracowywania norm, podważa to zaufanie do tego procesu, zważywszy że skuteczny proces opracowywania norm jest warunkiem wstępnym rozwoju technicznego i ogólnego rozwoju rynku z korzyścią dla konsumentów. Zob. np. decyzja Komisji z dnia 9 grudnia 2009 r. w sprawie COMP/38.636 – RAMBUS (Dz.U. C 30 z 6.2.2010, s. 17).

⁽³²⁸⁾ Należy zachęcać uczestników do uzupełniania wcześniejszego ogólnego ujawnienia o numer patentu lub numery zgłoszenia patentowego, gdy informacje te staną się publicznie dostępne.

⁽³²⁹⁾ To samo dotyczyłoby sytuacji, w której organizacja stosuje politykę udzielania licencji opartą na jednorazowej opłacie nominalnej.

458. Celem zobowiązań FRAND jest zagwarantowanie, aby kluczowa technologia włączona do danej normy chroniona PWI była dostępna dla użytkowników tej normy na uczciwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach. Zobowiązania FRAND mogą w szczególności zapobiec utrudnianiu przez posiadaczy PWI wdrażania normy poprzez odmowę udzielenia licencji lub żądanie nieuczciwych lub nierozsądnych opłat (innymi słowy, opłat zawyżonych) po tym, jak dana branża została uzależniona od danej normy, lub pobieranie dyskryminacyjnych opłat licencyjnych⁽³³⁰⁾. Jednocześnie zobowiązania FRAND umożliwiają posiadaczom PWI spieniężenie swoich technologii za pomocą opłat licencyjnych FRAND, zgodnie z zasadami przedstawionymi w następujących punktach, i uzyskanie rozsądnego zwrotu z inwestycji w badania i rozwój, które ze swej natury są ryzykowne. Może to zapewnić ciągłe zachęty do obejmowania normą najlepszej dostępnej technologii.
459. Przestrzeganie art. 101 przez organizację opracowującą normy nie nakłada na tę organizację obowiązku weryfikacji, czy warunki udzielenia licencji stosowane przez uczestników są zgodne z zobowiązaniem FRAND⁽³³¹⁾. Uczestnicy muszą sami ocenić, czy ich warunki udzielenia licencji, a w szczególności pobierane przez nich opłaty, są zgodne z zobowiązaniem 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.
460. Aby w przypadku sporu ocenić, czy opłaty pobierane za udostępnienie PWI w kontekście opracowywania norm są nieuczciwe lub nierozsądne, należy oszacować, czy istnieje rozsądna relacja pomiędzy opłatami a wartością gospodarczą PWI⁽³³²⁾. Wartość gospodarcza PWI może opierać się na bieżącej wartości dodanej objętych nimi PWI i powinna być niezależna od sukcesu rynkowego produktów, który nie jest związany z opatentowaną technologią⁽³³³⁾. Ogólnie rzecz biorąc, istnieją różne metody przeprowadzania oceny⁽³³⁴⁾, ale w praktyce stosuje się często więcej niż jedną metodę, by dokonać rekompensaty za niedociągnięcia danej metody i sprawdzić wyniki⁽³³⁵⁾. Jest możliwe porównanie opłat licencyjnych, które dane przedsiębiorstwo pobierało za odnośne PWI w konkurencyjnym środowisku, zanim branża opracowała normę (*ex ante*); z wartością/opłatą licencyjną kolejnej najlepszej dostępnej alternatywy (*ex ante*) lub z wartością/opłatą licencyjną pobieraną po uzależnieniu branży od normy (*ex post*). Metoda ta zakłada, że porównania można dokonać w sposób spójny i wiarygodny⁽³³⁶⁾.
461. Można również uzyskać ocenę niezależnego eksperta na temat obiektywnego kluczowego znaczenia odnośnych PWI i ich przydatności dla danej normy. We właściwej sytuacji istnieje również możliwość odwołania się do ujawnień *ex ante* warunków udzielania licencji, w tym indywidualnych lub łącznych opłat licencyjnych za odpowiednie PWI, w kontekście danego procesu opracowywania normy. Podobnie możliwe może być porównanie warunków licencjonowania w umowach zawartych przez posiadacza PWI z innymi wdrażającymi tę samą normę. Opłaty licencyjne pobierane za takie same PWI w przypadku innych, porównywalnych norm mogą świadczyć, że dane opłaty licencyjne są zgodne z zobowiązaniem FRAND. Metody te zakładają, że porównania można dokonać w sposób spójny i wiarygodny oraz że poziom stawek opłat licencyjnych nie jest wynikiem niewłaściwego wykorzystywania siły rynkowej. Inna metoda polega na określeniu, po pierwsze, odpowiedniej ogólnej wartości wszystkich odpowiednich PWI, a po drugie, części, którą można przypisać konkretnemu posiadaczowi PWI. Celem niniejszych wytycznych nie jest przedstawienie wyczerpującej listy właściwych metod oceny, czy opłaty licencyjne są nadmierne lub dyskryminacyjne na podstawie art. 102.

⁽³³⁰⁾ Zob. także wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. i ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, pkt 71, zgodnie z którym powództwo o stwierdzenie naruszenia może stanowić nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102, jeżeli zostanie wytoczone przeciwko zainteresowanemu licencjodawcy bez zachowania procedur określonych przez Trybunał Sprawiedliwości w jego wyroku.

⁽³³¹⁾ Organizacje opracowujące normy nie są zaangażowane w negocjacje dotyczące licencji ani w wynikające z nich umowy.

⁽³³²⁾ Zob. wyrok z dnia 14 lutego 1978 r., United Brands, C-27/76, EU:C:1978:22, pkt 250; zob. również wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Komisja, C-385/07 P, EU:C:2009:456, pkt 142.

⁽³³³⁾ Komunikat dotyczący patentów niezbędnych do spełnienia normy, s. 7.

⁽³³⁴⁾ Zasadniczo metody oparte na kosztach mogą nie być najlepiej odpowiednie i to nie tylko dlatego, że wiążą się z trudnością oszacowania kosztów, które można przypisać opracowywaniu konkretnego patentu lub grupy patentów, i mogą osłabiać zachęty do wprowadzania innowacji.

⁽³³⁵⁾ Opisane tu metody nie są wyłączne i do ustalania stawek FRAND można stosować inne metody odzwierciedlające ducha opisanych metod. Zob. również Chrissyola Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases [„Warunki udzielania licencji na patenty niezbędne do spełnienia normy. Kompleksowa analiza przypadków”]. Sprawozdanie Wspólnego Centrum Badawczego Nauka dla polityki. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

⁽³³⁶⁾ Zob. wyrok z dnia 13 lipca 1989 r., Tournier, C-395/87, EU:C:1989:319, pkt 38; wyrok z dnia 13 lipca 1989 r., Lucazeau i in./SACEM i in., C-110/88, C-241/88 i C-242/88, EU:C:1989:326, pkt 33.

462. Należy jednak podkreślić, że żadne zapisy niniejszych wytycznych nie uniemożliwiają stronom rozwiązywania sporów dotyczących wysokości opłat licencyjnych w ramach zobowiązania FRAND przed właściwymi sądami cywilnymi lub gospodarczymi albo alternatywnych metod rozwiązywania sporów⁽³³⁷⁾.

7.3.3.2. Ocena porozumień standaryzacyjnych oparta na skutkach

463. W ocenie porozumienia standaryzacyjnego należy uwzględnić prawdopodobne skutki normy na danych rynkach. Analizując porozumienia standaryzacyjne, należy brać pod uwagę specyfikę sektora i branży. Następujące stwierdzenia odnoszą się do wszystkich porozumień standaryzacyjnych, które odbiegają od zasad określonych w pkt 451–457.

a) *Dobrowolny charakter normy*

464. Prawdopodobieństwo wywierania skutków ograniczających konkurencję przez porozumienia standaryzacyjne może zależeć od tego, czy członkowie organizacji opracowującej normę zachowują swobodę opracowywania alternatywnych norm lub produktów, które nie są zgodne z uzgodnioną normą⁽³³⁸⁾. Na przykład, jeśli porozumienie standaryzacyjne 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⁽³³⁹⁾. Podobnie ryzyko powstania problemów w zakresie konkurencji jest mniejsze w przypadku norm dotyczących jedynie nieznaczących cech produktu końcowego niż w przypadku norm bardziej kompleksowych, w szczególności w przypadku gdy norma nie obejmuje żadnych kluczowych PWI.

b) *Dostęp do normy*

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

466. Jeśli chodzi o porozumienia w sprawie opracowywania norm, które przewidują modele ujawniania PWI odmienne od modeli opisanych w pkt 457, należy ocenić w każdym przypadku z osobna, czy dany model ujawniania (np. model nienakładający wymogu, a jedynie zachęcający do ujawniania PWI) gwarantuje faktyczny dostęp do normy. Porozumienia w sprawie opracowywania norm, przewidujące ujawnianie informacji dotyczących charakterystyki i wartości dodanej każdego PWI przynależącego do normy, które przez to zwiększają przejrzystość dla stron zaangażowanych w opracowywanie normy, zasadniczo nie będą ograniczać konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

c) *Uczestnictwo w opracowywaniu normy*

467. Uniemożliwienie niektórym przedsiębiorstwom wywierania wpływu na wybór i określenie standardu może (z wyjątkiem sytuacji opisanej w pkt 470) wywołać skutki ograniczające konkurencję. Natomiast jeśli uczestnictwo w procesie opracowywania normy będzie otwarte, ryzyko wystąpienia skutków ograniczających konkurencję jest mniejsze⁽³⁴⁰⁾.

468. Otwarte uczestnictwo można osiągnąć dzięki umożliwieniu wszystkim konkurentom lub odpowiednim zainteresowanym stronom na rynku, na który dana norma ma wpływ, wzięcia udziału w opracowywaniu i wyborze normy.

469. Im większy jest prawdopodobny wpływ normy na rynek, a potencjalne obszary zastosowania liczniejsze, tym ważniejsze jest zapewnienie sprawiedliwego dostępu do procesu opracowywania norm.

⁽³³⁷⁾ Jeśli obie strony wyrażą na to zgodę, spory dotyczące warunków FRAND dla SEP mogą być rozstrzygane także przez niezależną osobę trzecią, np. arbitra. Zob. np. wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. i ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, pkt 68 i decyzja Komisji z dnia 29 kwietnia 2014 r. w sprawie AT. 39939, Samsung – Stosowanie standardowych istotnych patentów, motyw 78.

⁽³³⁸⁾ Zob. decyzja Komisji w sprawie IV/29/151, Philips/VCR, motyw 23: „Ponieważ normy te dotyczyły produkcji urządzeń VCR, strony zobowiązane były do wytwarzania i dystrybucji wyłącznie kaset i odtwarzaczy zgodnych z systemem VCR licencjonowanym przez Philipsa. Przejście na inne systemy produkcji i dystrybucji kaset video było zakazane. Stanowiło to ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 85 ust. 1 lit. b)”.

⁽³³⁹⁾ Zob. decyzja Komisji w sprawie IV/29/151, Philips/VCR, motyw 23:

⁽³⁴⁰⁾ W decyzji Komisji w sprawie IV/31.458, X/Open Group, Komisja stwierdziła, że nawet jeśli przyjęte normy zostały opublikowane, zasada ograniczonego członkostwa uniemożliwiła podmiotom niebędącym członkami wpływ na wyniki prac grupy i uzyskanie know-how i technicznej znajomości norm, prawdopodobnie uzyskiwanych przez członków. Ponadto podmioty niebędące członkami, w przeciwieństwie do członków, nie mogły wdrażać normy przed jej przyjęciem (zob. pkt 32). Porozumienie uznano zatem za ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

470. W niektórych sytuacjach ograniczenie uczestnictwa nie musi jednak wywoływać skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, np.: a) jeżeli istnieje konkurencja między kilkoma normami i organizacjami opracowującymi normy, b) jeżeli w przypadku braku ograniczenia dotyczącego uczestników⁽³⁴¹⁾ przyjęcie normy nie byłoby możliwe lub przyjęcie takie byłoby mało prawdopodobne lub c) jeżeli ograniczenie dotyczące uczestników jest ograniczone w czasie i ma na celu szybki postęp (np. na początku prac normalizacyjnych) oraz tak długo, jak na głównych etapach wszyscy konkurenci mają możliwość zaangażowania się w celu kontynuowania procesu opracowywania normy.
471. 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⁽³⁴²⁾. Można to osiągnąć przez ustanowienie procedur zbiorowej reprezentacji zainteresowanych stron. Im więcej zainteresowanych stron może wpływać na proces prowadzący do wyboru normy i im bardziej przejrzysta jest procedura przyjmowania normy, tym bardziej prawdopodobne jest, że przyjęta norma uwzględni będzie interesy wszystkich zainteresowanych stron.

d) *Udziały w rynku*

472. Aby ocenić skutki porozumienia w sprawie opracowywania norm, należy uwzględnić udziały w rynku towarów, usług lub technologii opartych na takiej normie. Nie zawsze na wczesnym etapie da się⁽³⁴³⁾ ocenić z jakąkolwiek pewnością, czy norma zostanie w praktyce przyjęta przez sporą część danej branży czy też jedynie niewielką jej część. W przypadku gdy przedsiębiorstwa wnoszące technologię do normy są zintegrowane pionowo, udziały w rynku właściwym przedsiębiorstw, które uczestniczyły w opracowywaniu normy, można wykorzystać jako wskaźnik szacunkowy prawdopodobnego udziału normy w rynku (ze względu na fakt, że przedsiębiorstwa uczestniczące w opracowywaniu normy będą w większości przypadków zainteresowane jej wdrażaniem)⁽³⁴⁴⁾. Ponieważ skuteczność porozumień standaryzacyjnych jest często proporcjonalna do udziału branży uczestniczącej w opracowywaniu lub stosowaniu normy, duży udział w rynku posiadany przez strony na rynku lub na rynkach, których dotyczy ta norma, niekoniecznie będzie jednak prowadził do stwierdzenia, że norma prawdopodobnie wywoła skutki ograniczające konkurencję.

e) *Dyskryminacja*

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

f) *Ujawnienie ex ante stawek opłat licencyjnych*

474. Porozumienia w sprawie opracowywania norm przewidujące ujawnienie *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji w odniesieniu do patentów niezbędnych do spełnienia normy przez poszczególnych posiadaczy PWI lub maksymalnej skumulowanej⁽³⁴⁵⁾ stawki opłat licencyjnych przez wszystkich posiadaczy PWI zasadniczo nie będą ograniczać konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. W tym względzie ważne jest, aby strony zaangażowane w wybór normy były w pełni poinformowane nie tylko o dostępnych opcjach technologicznych i powiązanych z nimi PWI, lecz także o prawdopodobnych kosztach tych praw. Jeżeli zatem polityka dotycząca PWI stosowana przez organizację opracowującą normy przewiduje, że posiadacze PWI będą ujawniali przed przyjęciem normy swoje najbardziej ograniczające warunki udzielania licencji, w tym maksymalne opłaty licencyjne lub maksymalne skumulowane stawki opłat licencyjnych, które będą pobierane, nie będzie to zwykle prowadziło do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1⁽³⁴⁶⁾. Takie jednostronne ujawnienie *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji lub maksymalnej skumulowanej stawki opłat licencyjnych byłoby sposobem na umożliwienie stronom zaangażowanym w opracowywanie normy podjęcia świadomej decyzji w oparciu o zalety i wady różnych alternatywnych technologii.

⁽³⁴¹⁾ Takie ograniczenie może polegać na wykluczeniu zainteresowanych stron z porozumienia standaryzacyjnego lub na bardziej ograniczonym statusie uczestnika.

⁽³⁴²⁾ Zob. decyzja Komisji z dnia 14 października 2009 r. w sprawie 39.416, Klasyfikacja statków.

⁽³⁴³⁾ W szczególności, gdy wprowadzenie danej normy spowoduje prawdopodobnie powstanie nowego rynku właściwego.

⁽³⁴⁴⁾ Zob. pkt 438.

⁽³⁴⁵⁾ W celu zwiększenia przejrzystości potencjalnych kosztów wdrożenia normy organizacje opracowujące normy mogłyby odgrywać aktywną rolę w ujawnianiu całkowitej maksymalnej wysokości opłat licencyjnych za daną normę. Podobnie jak w przypadku puli patentów, posiadacze PWI mogą dzielić się całkowitą wysokością opłat licencyjnych.

⁽³⁴⁶⁾ Żadne jednostronne ani wspólne ujawnienie *ex ante* najbardziej ograniczających warunków udzielania licencji nie powinno służyć do maskowania wspólnego ustalania cen czy to produktów z niższego szczebla obrotu, czy to substytucyjnych PWI/technologii, które stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

7.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

7.4.1. Przyrost wydajności

475. 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 różnych przedsiębiorstw opartej na zaletach tych technologii oraz przyczyniają się do zapobiegania uzależnieniu rynku od konkretnego dostawcy. Ponadto normy mogą przyczynić się do zmniejszenia kosztów transakcji dla sprzedających i nabywców. Normy dotyczące na przykład jakości, bezpieczeństwa i środowiskowych aspektów produktu mogą ponadto ułatwić konsumentowi wybór i prowadzić do wyższej jakości produktu. Normy odgrywają również ważną rolę w odniesieniu do innowacji: mogą skracać czas wprowadzania nowej technologii na rynek i ułatwić innowacje poprzez umożliwienie przedsiębiorstwom rozwoju w oparciu o uzgodnione rozwiązania. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.

476. Aby urzeczywistnić przyrost wydajności w przypadku porozumień standaryzacyjnych, informacje konieczne do stosowania danej normy muszą być faktycznie dostępne dla podmiotów zamierzających wejść na rynek produktów/usług, do którego odnosi się dana norma⁽³⁴⁷⁾.

477. 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 mają wpływ na odrębny rynek.

478. Chociaż wpływ na innowacje należy przeanalizować w każdym indywidualnym przypadku, to normy prowadzące do zgodności na poziomie horyzontalnym pomiędzy różnymi technologiami prawdopodobnie powodują przyrost wydajności.

7.4.2. Niezbędność

479. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności, który może powstać w wyniku porozumienia standaryzacyjnego, nie spełniają warunków art. 101 ust. 3.

480. Oceniając 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⁽³⁴⁸⁾.

481. Uczestnictwo w opracowywaniu norm powinno być zasadniczo otwarte dla wszystkich konkurentów na rynku lub rynkach, na które dana norma wywiera wpływ, chyba że takie uczestnictwo skutkowałooby wystąpieniem istotnej niewydajności, jak na przykład długimi opóźnieniami w procesie przyjmowania⁽³⁴⁹⁾. Jeżeli uczestnictwo w opracowywaniu danej normy jest ograniczone, wszelkie skutki ograniczające wynikające z tego ograniczonego uczestnictwa powinny zostać usunięte lub złagodzone⁽³⁵⁰⁾, aby takie ograniczenie dotyczące uczestników zostało wyrównane przez wzrost wydajności, o którym mowa w art. 101 ust. 3.

⁽³⁴⁷⁾ Zob. decyzja Komisji z dnia 15 grudnia 1986 r. w sprawie IV/31.458 – X/Open Group, motyw 42: „Komisja uważa, że gotowość grupy do niezwłocznego udostępnienia wyników jest głównym elementem decydującym o przyznaniu wyłączenia”.

⁽³⁴⁸⁾ W decyzji Komisji w sprawie IV/29/151, Philips/VCR, zgodność z normami VCR doprowadziła do wykluczenia innych, być może lepszych systemów. Takie wykluczenie było szczególnie poważne ze względu na dominującą pozycję rynkową Philipsa „[...] Na strony zostały nałożone ograniczenia, które nie były niezbędne do realizacji tych ulepszeń. Kompatybilność kaset video VCR z urządzeniami wytwarzanymi przez innych producentów byłaby zapewniona nawet w przypadku, gdyby producenci ci musieli wywiązać się jedynie z obowiązku przestrzegania norm VCR przy produkcji sprzętu VCR” (motyw 31).

⁽³⁴⁹⁾ Zob. decyzja Komisji z dnia 15 grudnia 1986 r. w sprawie IV/31.458 – X/Open Group, motyw 45: „Cele grupy nie mogłyby zostać osiągnięte, jeśli jakiegokolwiek przedsiębiorstwo gotowe zobowiązać się względem celów grupy miałooby prawo stania się jej członkiem. Utrudniłoby to zarządzanie pracą pod względem praktycznym i logistycznym i mogłoby uniemożliwić przyjęcie odpowiednich propozycji”. Zob. również decyzja Komisji w sprawie 39.416 – Klasyfikacja statków, pkt 36: „zobowiązania zachowują odpowiednią równowagę pomiędzy, z jednej strony, utrzymaniem surowych wymogów członkostwa w IACS a, z drugiej strony, usunięciem zbędnych barier ograniczających członkostwo w IACS. Nowe wymogi zapewniają także, że jedynie towarzystwa klasyfikacyjne spełniające wymogi kompetencji technicznych będą mogły ubiegać się o członkostwo w IACS, zapewniając również, że skuteczność i jakość działań IACS nie zostanie nadmiernie ograniczona ze względu na zbyt łagodne wymogi uczestnictwa w pracach IACS. Jednocześnie dzięki nowym wymogom towarzystwa klasyfikacyjne spełniające wymogi kompetencji technicznych, i wyrażające wolę zostania członkiem IACS będą mogły bez przeszkód to uczynić”.

⁽³⁵⁰⁾ Zob. pkt 471 powyżej dotyczący zagwarantowania, że zainteresowane strony są informowane i konsultowane w sprawie prowadzonych prac, jeśli ich udział jest ograniczony.

482. 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⁽³⁵¹⁾ jako istotnych elementów normy, a równocześnie pobieranie od użytkowników normy opłat za więcej PWI, niż jest to technicznie konieczne, wykraczałoby poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia wskazanego przyrostu wydajności. Podobnie uwzględnianie substytucyjnych PWI jako istotnych elementów normy oraz ograniczanie wykorzystania danej technologii do konkretnej normy (tj. wyłączenie wykorzystania) mogłoby ograniczyć konkurencję międzytechnologiczną i nie byłoby konieczne do osiągnięcia wyznaczonego przyrostu wydajności.
483. Ograniczenia zawarte w porozumieniu standaryzacyjnym, powodujące, że norma staje się wiążąca i obowiązkowa w danej branży, zasadniczo nie są niezbędne.
484. Podobnie porozumienia standaryzacyjne, które powierzają niektórym organom wyłączne prawo do sprawdzania zgodności z daną normą, wykraczają poza główny cel definiowania normy i mogą również ograniczać konkurencję. Wyłączność może być jednak uzasadniona przez pewien okres, np. koniecznością zrekompensovania znacznych kosztów rozruchu⁽³⁵²⁾. 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 powinna być rozsądna i proporcjonalna do kosztów kontroli zgodności.
- 7.4.3. *Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów*
485. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom należy przenieść na konsumentów w stopniu przewyższającym skutki ograniczające konkurencję wywołane przez porozumienie standaryzacyjne. Do celów oceny prawdopodobieństwa przeniesienia korzyści na konsumentów, istotne jest uwzględnienie procedur, jakie są stosowane w celu zagwarantowania, że interesy użytkowników norm i konsumentów końcowych są chronione. Ponadto w przypadku, gdy normy ułatwiają techniczną interoperacyjność i zgodność lub konkurencję pomiędzy nowymi i istniejącymi produktami, usługami i procesami, można założyć, że taka norma przyniesie korzyści konsumentom.
- 7.4.4. *Nieliminowanie konkurencji*
486. Ustalenie, czy porozumienie standaryzacyjne daje stronom możliwość eliminowania konkurencji, zależy od różnych źródeł konkurencji na rynku, poziomu presji konkurencyjnej, jaką wywierają one na strony, oraz wpływu porozumienia na tę presję konkurencyjną. Chociaż udział w rynku jest przy tej analizie istotny, to wielkości pozostałych źródeł faktycznej konkurencji nie sposób ocenić wyłącznie w oparciu o udział w rynku, z wyjątkiem przypadków, w których norma staje się *de facto* normą branżową⁽³⁵³⁾. W tym ostatnim przypadku konkurencja może zostać wyeliminowana, jeżeli osobom trzecim skutecznie zamknie się dostęp do normy.
- 7.5. **Przykłady**
487. Ustanawianie norm, których konkurenci nie mogą spełnić

Przykład 1

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

⁽³⁵¹⁾ Substytucyjne PWI odnoszą się do technologii, którą użytkownik lub licencjodawca uznaje za zamienną lub substytucyjną z inną technologią ze względu na cechy i zamierzone zastosowanie tych dwóch technologii.

⁽³⁵²⁾ W tym kontekście zob. decyzję Komisji z dnia 29 listopada 1995 r. w sprawach IV/34.179, 34.202, 216, Dutch Cranes (SCK i FNK), motyw 23: „Zakaz zatrudniania jako podwykonawców przedsiębiorstw 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 gospodarczy. Jeśli taki zakaz powiązany jest z systemem certyfikacji, który jest całkowicie otwarty, niezależny i przejrzysty oraz przewiduje akceptowanie równoważnych gwarancji oferowanych przez inne systemy, można by zakładać, że nie ma on skutków ograniczających konkurencję, lecz ma na celu po prostu pełne zapewnienie jakości certyfikowanych produktów lub usług”.

⁽³⁵³⁾ Normalizacja *de facto* to sytuacja, w której (prawnie niewiążąca) norma jest w praktyce używana przez większą część danej branży.

Analiza: W tym przypadku uczestnictwo w opracowywaniu normy nie jest nieograniczone, a proces wykorzystywany do jej przyjęcia nie wydaje się być przejrzysty. W przypadku tego porozumienia standaryzacyjnego istnieje prawdopodobieństwo wywołania skutków ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 i istnieje małe prawdopodobieństwo spełnienia warunków 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 one równie wydajne. Norma ta, która nie została ustanowiona w sposób niedyskryminacyjny, będzie zmniejszać lub uniemożliwiać innowacje i różnorodność produktów. Jest mało prawdopodobne, żeby sposób, w jaki norma została opracowana, prowadził do większego przyrostu wydajności, niż miałyby to miejsce w przypadku neutralnego sposobu opracowania normy.

488. Nieobowiązkowa i przejrzysta norma obejmująca duży udział w 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: Powyższe porozumienie prawdopodobnie nie ograniczy konkurencji w rozumieniu 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 opracowywaniu normy jest nieograniczony i przejrzysty oraz c) porozumienie standaryzacyjne nie ogranicza konkurencji w inny sposób. Z drugiej strony, gdyby strony uzgodniły, że będą produkować tylko produkty zgodne z nową normą, porozumienie prawdopodobnie ograniczałoby konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 przez ograniczanie różnorodności produktów oraz innowacji technicznych.

489. Porozumienie standaryzacyjne bez ujawniania PWI

Przykład 3

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

Analiza: W wielu przypadkach zobowiązanie do ujawniania PWI byłoby prokonkurencyjne, ponieważ zwiększałoby konkurencję między technologiami *ex ante*. Ogólnie rzecz biorąc, tego typu zobowiązanie umożliwia członkom organizacji opracowującej normy uwzględnienie liczby PWI związanych z konkretną technologią przy dokonywaniu wyboru między konkurującymi technologiami (lub nawet – 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 miałyby pozytywnego skutku w postaci zapewnienia członkom możliwości uwzględnienia liczby PWI przy wyborze technologii, ponieważ można założyć, że każda wybrana technologia obłożona byłaby PWI. Porozumienie prawdopodobnie nie spowoduje żadnych negatywnych skutków dla konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1.

8. STANDARDOWE WARUNKI

8.1. Definicje

490. W niektórych branżach przedsiębiorstwa stosują standardowe warunki sprzedaży lub kupna opracowane przez stowarzyszenia handlowe lub bezpośrednio przez przedsiębiorstwa konkurujące („standardowe warunki”) ⁽³⁵⁴⁾. Niniejsze wytyczne dotyczą takich standardowych warunków w zakresie, w jakim stanowią one standardowe warunki sprzedaży lub kupna towarów lub usług przez te przedsiębiorstwa konkurujące w odniesieniu do klientów będących osobami trzecimi lub dostawców będących osobami trzecimi (a nie warunki sprzedaży lub kupna pomiędzy konkurentami). Jeżeli takie standardowe warunki są powszechnie stosowane w obrębie danej branży, warunki kupna lub sprzedaży stosowane w danej branży mogą stać się faktycznie uzgodnione ⁽³⁵⁵⁾. Przykładami sektorów, w których standardowe warunki odgrywają ważną rolę, są bankowość (np. warunki prowadzenia rachunków) i ubezpieczenia.
491. Standardowe warunki opracowywane niezależnie przez przedsiębiorstwo wyłącznie do własnego użytku przy zawieraniu umowy z dostawcami lub klientami nie są porozumieniami horyzontalnymi i dlatego nie zostały ujęte w niniejszych wytycznych.

8.2. Rynki właściwe

492. Ogólnie rzecz biorąc, standardowe warunki wywołują skutki na rynku niższego szczebla, na których przedsiębiorstwa wykorzystujące standardowe warunki konkurują poprzez sprzedaż swoich produktów klientom.

8.3. Ocena na podstawie art. 101 ust. 1

8.3.1. Główne problemy w zakresie konkurencji

493. Standardowe warunki mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję poprzez ograniczenie wyboru i innowacyjności produktów. Jeżeli duża część branży przyjmie standardowe warunki i postanowi nie odstępować od nich w poszczególnych przypadkach (lub odstępuje od nich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach dużej 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 dobra konsumpcyjne, standardowe warunki sprzedaży na ogół nie ograniczają innowacyjności rzeczywistego produktu ani jego jakości lub różnorodności.
494. Ponadto standardowe warunki, w zależności od treści, mogą wywierać wpływ na warunki handlowe sprzedaży produktu końcowego. W szczególności istnieje poważne ryzyko ograniczenia konkurencji cenowej przez standardowe warunki odnoszące się do ceny.
495. Ponadto w przypadku gdy standardowe warunki są w danej branży powszechnie przyjmowane, dostęp do nich może mieć decydujące znaczenie dla wejścia na rynek. W takich przypadkach odmowa dostępu do standardowych warunków może prowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Jeżeli standardowe warunki pozostają otwarte dla wszystkich przedsiębiorstw, które chcą mieć do nich dostęp, nie jest prawdopodobne, by powodowały one antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku.

8.3.2. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel

496. Porozumienia, w których stosuje się warunki standardowe jako element szerszego porozumienia ograniczającego konkurencję, ukierunkowanego na wykluczenie faktycznych 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.
497. Standardowe warunki zawierające postanowienia, które bezpośrednio wpływają na ceny ⁽³⁵⁶⁾ pobierane od klientów (tj. ceny rekomendowane, rabaty itd.), stanowią co do zasady ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

8.3.3. Skutki ograniczające konkurencję

498. Ustanowienie i stosowanie standardowych warunków należy oceniać w ich kontekście gospodarczym i w świetle sytuacji panującej na rynku właściwym, aby stwierdzić, czy istnieje prawdopodobieństwo, że standardowe warunki wywołają skutki ograniczające konkurencję.

⁽³⁵⁴⁾ Takie standardowe warunki mogą obejmować jedynie bardzo małą lub bardzo dużą część klauzul zawartych w ostatecznej umowie.

⁽³⁵⁵⁾ Odnosi się to do sytuacji, gdy (nieobowiązkowe) 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.

⁽³⁵⁶⁾ Zob. także przypis 32. Na rynkach, na których parametry pozacenowe są ważnymi parametrami konkurencji, standardowe warunki odnoszące się do takich parametrów mogą również stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

499. W przypadku gdy uczestnictwo w ustanawianiu standardowych warunków jest nieograniczone dla konkurentów na danym rynku (czy to poprzez uczestnictwo w stowarzyszeniu branżowym czy też bezpośrednio) i o ile stosowanie standardowych warunków nie jest obowiązkowe i warunki te są faktycznie dostępne do wykorzystania przez jakiekolwiek przedsiębiorstwo, jest mało prawdopodobne, by porozumienia dotyczące standardowych warunków miały negatywny wpływ na jakość produktów, ich różnorodność lub innowacyjność, a zatem jest mało prawdopodobne, by wywołały one skutki ograniczające konkurencję (o ile standardowe warunki nie mają wpływu na cenę i podlegają ograniczeniom określonym w pkt 501–505).
500. Są jednak dwa ogólne wyjątki, które wymagają bardziej szczegółowej oceny.
501. Po pierwsze, standardowe warunki sprzedaży towarów lub usług konsumpcyjnych określające cechy produktów końcowych sprzedawanych klientowi, a więc w przypadku których ryzyko ograniczenia wyboru produktów jest większe, mogłyby wywołać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, w sytuacjach gdy ich wspólne zastosowanie mogłoby spowodować faktyczne dostosowanie. Mogłoby to mieć miejsce w przypadku, w którym rozpowszechnione stosowanie standardowych warunków faktycznie prowadzi do ograniczenia innowacji i różnorodności produktów na rynku. Na przykład może się to zdarzyć, gdy standardowe warunki zawarte w umowach ubezpieczenia ograniczają wybór klienta w zakresie kluczowych elementów umowy, takich jak rodzaje ryzyka objęte umową. Nawet jeżeli stosowanie standardowych warunków nie jest obowiązkowe, mogą one podważyć motywację konkurujących ubezpieczycieli do konkutowania w zakresie różnicowania produktów. Problem ten można rozwiązać poprzez umożliwienie ubezpieczycielom włączania do umów ubezpieczenia także rodzajów ryzyka innych niż standardowe.
502. Aby ocenić, czy standardowe warunki będą miały skutki ograniczające konkurencję, z uwagi na to, że będą ograniczać różnorodność produktów, należy uwzględnić czynniki, takie jak istniejąca konkurencja na rynku. Na przykład jeśli mamy do czynienia z dużą liczbą mniejszych konkurentów, ryzyko ograniczenia różnorodności produktów jest zwykle mniejsze niż w przypadku, gdy istnieje tylko kilku większych konkurentów⁽³⁵⁷⁾. Udziały w rynku przedsiębiorstw uczestniczących w ustanawianiu standardowych warunków mogą także stanowić wskazówkę, czy istnieje prawdopodobieństwo odwoływania się do standardowych warunków czy też prawdopodobieństwo, że będą one stosowane przez dużą część rynku. W tym względzie należałoby jednak nie tylko zbadać, czy istnieje prawdopodobieństwo, że standardowe warunki będą wykorzystywane przez dużą część rynku, lecz także, czy standardowe warunki dotyczą całego produktu czy też jedynie jego części (im mniejszy zakres standardowych warunków, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że ogólnie doprowadzą one do ograniczenia różnorodności produktów). Ponadto w sytuacjach, gdy nieustanowienie standardowych warunków uniemożliwiłoby oferowanie pewnych produktów, nie wystąpi prawdopodobnie żaden skutek ograniczający konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. W takim przypadku ustanowienie standardowych warunków powoduje raczej zwiększenie, a nie zmniejszenie różnorodności produktów.
503. Po drugie, nawet jeżeli standardowe warunki nie określają cech produktu końcowego, mogą one wywierać znaczący wpływ na decyzje klientów o zawarciu transakcji z innych powodów. Przykładem tego są zakupy online, 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 jednoznacznej oceny wszystkich tych parametrów, opowiadają się oni zazwyczaj za praktykami, które są szeroko rozpowszechnione. W tym kontekście standardowe warunki dotyczące tych parametrów mogłyby w związku z tym stać się normą *de facto*, do której przedsiębiorstwa musiałyby się stosować w celu prowadzenia sprzedaży na rynku. Te standardowe warunki, chociaż ich stosowanie nie jest obowiązkowe, mogłyby stać się normą *de facto*, której skutki są bardzo bliskie skutkom normy obowiązkowej i należy je w związku z tym odpowiednio przeanalizować.
504. Jeżeli stosowanie standardowych warunków jest obowiązkowe, należy ocenić ich wpływ na jakość produktów, ich różnorodność i innowacyjność (w szczególności jeżeli stosowanie standardowych warunków jest obowiązkowe dla całego rynku).
505. Ponadto jeżeli standardowe warunki (niezależnie od tego, czy ich stosowanie jest obowiązkowe czy też nie) miałyby zawierać warunki mające prawdopodobny negatywny wpływ na konkurencję w zakresie cen⁽³⁵⁸⁾ (np. warunki mające pośredni wpływ na rodzaje udzielanych rabatów), prawdopodobnie będą one wywoływać skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1.

⁽³⁵⁷⁾ Jeśli poprzednie doświadczenia ze standardowymi warunkami na właściwym rynku wskazują, że standardowe warunki nie spowodowały ograniczenia konkurencji pod względem zróżnicowania produktów, można także przypuszczać, że stosowanie tego samego rodzaju standardowych warunków w odniesieniu do podobnego produktu nie będzie miało skutków ograniczających konkurencję.

⁽³⁵⁸⁾ Na rynkach, na których parametry pozacenowe są ważnymi parametrami konkurencji, standardowe warunki odnoszące się do takich parametrów mogą również mieć skutki ograniczające konkurencję.

8.4. Ocena na podstawie art. 101 ust. 3

8.4.1. Przyrost wydajności

506. Stosowanie standardowych warunków może przynieść korzyści ekonomiczne, takie jak ułatwienie klientom porównania oferowanych warunków, a tym samym ułatwienie zamiany jednego dostawcy na innego. Mogą one również prowadzić do przyrostu wydajności w postaci obniżenia kosztów transakcji, a w niektórych sektorach (w szczególności tych, w których umowy mają złożoną strukturę prawną) ułatwiać wejście na rynek. Standardowe warunki mogą również zagwarantować stronom porozumienia większą pewność prawną. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.

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

8.4.2. Niezbędność

508. Ograniczenia, które wykraczają poza to, co niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności, który może powstać w wyniku standardowych warunków, nie spełniają warunków art. 101 ust. 3. Przykładowo ustanawianie obowiązkowego charakteru standardowych warunków dla danej branży zasadniczo nie jest niezbędne. Nie można jednak wykluczyć, że w szczególnych przypadkach konieczne może być wprowadzenie obowiązku stosowania standardowych warunków w celu osiągnięcia szczególnego przyrostu wydajności.

8.4.3. Przeniesienie na konsumentów

509. Zarówno ryzyko skutków ograniczających konkurencję, jak i prawdopodobieństwo przyrostu wydajności rosną wraz z udziałem w rynku uczestniczących przedsiębiorstw i zakresem stosowania standardowych warunków. Nie sposób zatem zapewnić jakiegokolwiek ogólnego obszaru bezpieczeństwa, w ramach którego nie występowaloby ryzyko powstania skutków ograniczających konkurencję lub który pozwalałby założyć, że korzyści z przyrostu wydajności zostaną przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym jakiegokolwiek skutki ograniczające konkurencję.

510. Niektóre elementy przyrostu wydajności wywołanego przez standardowe warunki, takie jak większa porównywalność ofert na rynku, ułatwiona zamiana jednego dostawcy na drugiego oraz pewność prawa, są jednak z pewnością korzystne dla konsumentów. Jeżeli chodzi o inne ewentualne korzyści z przyrostu wydajności, takie jak niższe koszty transakcji, należy ocenić w każdym indywidualnym przypadku i we właściwym kontekście gospodarczym, czy istnieje prawdopodobieństwo ich przeniesienia na konsumentów.

8.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

511. Standardowe warunki stosowane przez większość branży mogą stanowić normę *de facto* branżową. W takim przypadku konkurencja może zostać wyeliminowana, jeżeli skuteczny dostęp osób trzecich do normy jest zamknięty. Jeśli jednak standardowe warunki dotyczą jedynie nieznaczących cech produktu lub usługi, konkurencja prawdopodobnie nie zostanie wyeliminowana.

8.5. Przykłady

512. Nieobowiązkowe i otwarte standardowe warunki stosowane w umowach z użytkownikami końcowymi

Przykład 1

Sytuacja: Stowarzyszenie handlowe dystrybutorów energii elektrycznej ustanawia nieobowiązkowe 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 dotyczą cen, tj. nie zawierają zalecanych cen ani innych klauzul dotyczących cen. Każde przedsiębiorstwo prowadzące działalność w sektorze ma swobodę stosowania standardowych warunków, jeżeli uzna to za stosowne. Około 80 % umów zawartych z użytkownikami końcowymi na rynku właściwym opiera się na tych standardowych warunkach.

Analiza: Jest mało prawdopodobne, że przedmiotowe standardowe warunki ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Nawet jeżeli stają się praktyką branżową, nie wydaje się prawdopodobne, by miały jakiegokolwiek znaczący negatywny wpływ na ceny, jakość lub różnorodność produktów.

513. Standardowe warunki stosowane w umowach między przedsiębiorstwami

Przykład 2

Sytuacja: Przedsiębiorstwa budowlane w pewnym państwie członkowskim uzgadniają ustanowienie nieobowiązkowych i otwartych standardowych warunków do celów stosowania ich przez wykonawcę przy przedstawianiu klientowi wyceny prac budowlanych. Formularz wyceny jest dołączony do warunków dotyczących robót budowlanych. Wszystkie dokumenty razem składają się na umowę na wykonanie robót budowlanych. Klauzule obejmują takie kwestie, jak zawarcie umowy, ogólne obowiązki przedsiębiorcy budowlanego i klienta, warunki płatności niedotyczące ceny (np. postanowienie określające prawo przedsiębiorcy budowlanego do zawieszenia robót ze względu na brak płatności), ubezpieczenie, czas trwania, odbiór i usterki, ograniczenie odpowiedzialności, wygaśnięcie umowy itp. Te standardowe warunki będą często stosowane między przedsiębiorstwem działającym na rynku niższego szczebla a przedsiębiorstwem działającym na rynku wyższego szczebla.

Analiza: Jest mało prawdopodobne, że przedmiotowe standardowe warunki ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Wybór klienta w odniesieniu do produktu końcowego, tj. robót budowlanych, zasadniczo nie zostanie przez te standardowe warunki w istotny sposób ograniczony. Inne skutki ograniczające konkurencję nie wydają się prawdopodobne. Przepisy prawa regulują bowiem wiele powyższych klauzul (odbiór i usterki, wygaśnięcie umowy itp.).

514. Standardowe warunki ułatwiające porównywanie produktów różnych przedsiębiorstw

Przykład 3

Sytuacja: Krajowe stowarzyszenie w sektorze ubezpieczeń rozpowszechnia nieobowiązkowe standardowe warunki polisy w odniesieniu do umów ubezpieczenia mieszkaniowego. Warunki te nie wskazują poziomu składek ubezpieczeniowych ani wysokości pokrycia ryzyka, ani też wysokości udziału własnego ubezpieczonego. Nie nakładają one wymogu kompleksowej ochrony, obejmującej rodzaje ryzyka, na jakie spora część ubezpieczonych nie jest jednocześnie narażona, ani wymogu uzyskania przez ubezpieczonych ubezpieczenia od różnych rodzajów ryzyka u tego samego ubezpieczyciela. Chociaż większość zakładów ubezpieczeń stosuje standardowe warunki polisy, nie wszystkie ich umowy zawierają te same warunki, ponieważ są one dostosowane do indywidualnych potrzeb każdego klienta, a tym samym nie dochodzi do normalizacji *de facto* produktów ubezpieczeniowych oferowanych konsumentom. Standardowe warunki polisy umożliwiają konsumentom i organizacjom konsumentów porównywanie polis oferowanych przez poszczególnych ubezpieczycieli. Stowarzyszenie konsumentów bierze udział w procesie ustanawiania standardowych warunków polisy. Warunki te są również dostępne do stosowania przez nowych uczestników rynku na niedyskryminacyjnych zasadach.

Analiza: Przedmiotowe standardowe warunki polisy dotyczą struktury końcowego produktu ubezpieczeniowego. W zakresie, w jakim sytuacja na rynku lub inne czynniki wskazują, że w wyniku stosowania przez zakłady ubezpieczeń standardowych warunków polisy istnieje ryzyko ograniczenia różnorodności produktów, przyrost wydajności, polegający m.in. na ułatwieniu porównywania przez konsumentów warunków oferowanych przez zakłady ubezpieczeń, będzie prawdopodobnie przewyższał wszelkie takie ograniczenie. Z kolei porównania te ułatwiają przechodzenie z jednego zakładu ubezpieczeń do innego, co zwiększa konkurencję. Ponadto taka zdolność do zmiany dostawców, tak jak i wejście na rynek konkurentów, stanowi korzyść dla konsumentów. Fakt, że stowarzyszenie konsumentów wzięło udział w procesie, może zwiększyć prawdopodobieństwo przeniesienia tego przyrostu wydajności. Standardowe warunki polisy mogą również ograniczyć koszty transakcji i ułatwić wejście ubezpieczycieli na różne rynki geograficzne lub produktowe. Ponadto ograniczenia nie wydają się wykraczać poza to, co niezbędne w celu osiągnięcia określonego przyrostu wydajności, a konkurencja nie zostaje wyeliminowana. Tym samym prawdopodobne jest spełnienie warunków art. 101 ust. 3.

9. POROZUMIENIA W SPRAWIE ZRÓWNOWAŻONEGO ROZWOJU**9.1. Wprowadzenie**

515. Niniejszy rozdział zawiera ogólne wskazówki dotyczące oceny wpływu na konkurencję porozumień między konkurentami, które realizują cele zrównoważonego rozwoju („porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju”). Oprócz tych ogólnych wskazówek Komisja zobowiązała się do przedstawienia nieformalnych wskazówek w zakresie nowych lub nierozstrzygniętych kwestii dotyczących poszczególnych porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju w swoim nieformalnym zawiadomieniu dotyczącym wytycznych⁽³⁵⁹⁾.

⁽³⁵⁹⁾ Zawiadomienie Komisji w sprawie nieformalnych wskazówek dotyczących nowych lub nierozwiązanych kwestii, które występują w indywidualnych przypadkach w związku ze stosowaniem art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wskazówki pisemne) (Dz.U. C 381 z 4.10.2022, s. 9).

516. Zrównoważony rozwój jest jedną z podstawowych zasad Traktatu o Unii Europejskiej i priorytetowym celem polityki Unii ⁽³⁶⁰⁾. Komisja zobowiązała się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju Organizacji Narodów Zjednoczonych ⁽³⁶¹⁾. Zgodnie z tym zobowiązaniem Europejski Zielony Ład określa strategię na rzecz wzrostu, której celem jest przekształcenie Unii w sprawiedliwe i prosperujące społeczeństwo funkcjonujące w nowoczesnej, zasobooszczędnej i konkurencyjnej gospodarce, która począwszy od 2050 r. osiągnie zerowy poziom emisji gazów cieplarnianych netto i której wzrost gospodarczy nie jest powiązany z wykorzystaniem zasobów naturalnych ⁽³⁶²⁾.
517. W szerokim ujęciu zrównoważony rozwój odnosi się do zdolności społeczeństwa do konsumpcji i wykorzystania dostępnych obecnie zasobów bez uszczerbku dla zdolności przyszłych pokoleń do zaspokajania własnych potrzeb. Obejmuje on działania wspierające rozwój gospodarczy, środowiskowy i społeczny (w tym w zakresie praw pracowniczych i praw człowieka) ⁽³⁶³⁾. Pojęcie celów zrównoważonego rozwoju obejmuje więc m.in. przeciwdziałanie zmianie klimatu (np. poprzez redukcję emisji gazów cieplarnianych), zmniejszanie zanieczyszczeń, ograniczanie wykorzystania zasobów naturalnych, przestrzeganie praw człowieka, zapewnianie dochodu wystarczającego na utrzymanie, promowanie odpornej infrastruktury i innowacji, ograniczanie marnotrawienia żywności, ułatwianie przejścia na zdrową i odżywczą żywność, zapewnianie dobrostanu zwierząt itp. ⁽³⁶⁴⁾
518. Egzekwowanie prawa konkurencji przyczynia się do zrównoważonego rozwoju dzięki zapewnieniu skutecznej konkurencji, która pobudza innowacje, zwiększa jakość i wybór produktów, zapewnia efektywną alokację zasobów, obniża koszty produkcji, a tym samym przyczynia się do dobrobytu konsumentów.
519. Jednym z problemów związanych ze zrównoważonym rozwojem jest jednak fakt, że indywidualne decyzje dotyczące produkcji i konsumpcji mogą mieć negatywne skutki („negatywne efekty zewnętrzne”), np. dla środowiska, które nie są w wystarczającym stopniu uwzględniane przez podmioty gospodarcze lub konsumentów, którzy je powodują. Ten rodzaj niedoskonałości rynku można ograniczać lub eliminować za pomocą działań zbiorowych, przede wszystkim poprzez politykę publiczną lub przepisy (sektorowe), a w drugiej kolejności poprzez porozumienia kooperacyjne między przedsiębiorstwami, które promują zrównoważoną produkcję lub konsumpcję.
520. Jeżeli takim niedoskonałościom rynku zaradzono za pomocą odpowiednich regulacji, np. obowiązkowych norm unijnych w zakresie zanieczyszczeń, mechanizmów cenowych, takich jak unijny system handlu uprawnieniami do emisji (EU ETS), lub podatków, wprowadzanie dodatkowych środków przez przedsiębiorstwa, na przykład w drodze porozumień kooperacyjnych, może nie być konieczne. Porozumienia kooperacyjne mogą jednak zaradzić niedoskonałościom rynku, którym nie zaradzono – lub nie zrobiono tego w pełni – za pomocą polityki publicznej i regulacji.
521. W niniejszych wytycznych termin „porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju” odnosi się do każdego horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, które realizuje cel zrównoważonego rozwoju, niezależnie od formy współpracy. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju powodują problemy w zakresie konkurencji w rozumieniu art. 101 tylko wówczas, gdy pociągają za sobą ograniczenia konkurencji ze względu na cel lub skutkują odczuwalnymi rzeczywistymi lub prawdopodobnymi negatywnymi skutkami dla konkurencji. Porozumienia, które ograniczają konkurencję, nie mogą uniknąć zakazu określonego w art. 101 ust. 1 poprzez zwykłe odniesienie do celu zrównoważonego rozwoju ⁽³⁶⁵⁾.
522. W przypadku gdy porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, mogą one nadal być zgodne z art. 101, jeżeli spełniają cztery warunki wyjątku przewidzianego w art. 101 ust. 3. Szczegółowe wskazówki dotyczące stosowania tych warunków przedstawiono w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 ⁽³⁶⁶⁾.

⁽³⁶⁰⁾ Art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej.

⁽³⁶¹⁾ Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030, przyjęta przez wszystkie państwa członkowskie Organizacji Narodów Zjednoczonych w 2015 r.

⁽³⁶²⁾ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Europejski Zielony Ład (COM(2019) 640 final).

⁽³⁶³⁾ Zob. np. rezolucja ONZ 66/288 przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 27 lipca 2012 r.

⁽³⁶⁴⁾ W Agendzie ONZ na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030 określono 17 celów zrównoważonego rozwoju (w tym np. cel 2: wyeliminować głód, osiągnąć bezpieczeństwo żywnościowe i lepsze odżywianie oraz promować zrównoważone rolnictwo; cel 7: zapewnić wszystkim dostęp do źródeł stabilnej, zrównoważonej i nowoczesnej energii po przystępnej cenie; cel 9: budować stabilną infrastrukturę, promować zrównoważone uprzemysłowienie oraz wspierać innowacyjność; cel 13: podjąć pilne działania w celu przeciwdziałania zmianom klimatu i ich skutkom); oraz 169 zadań szczegółowych (w tym np. zadanie szczegółowe 9.1: budować niezawodną, zrównoważoną, trwałą i stabilną infrastrukturę dobrej jakości, w tym infrastrukturę regionalną i transgraniczną, wspierającą rozwój gospodarczy i dobrobyt ludzi; zapewnić wszystkim ludziom równy dostęp do infrastruktury po przystępnej cenie; oraz zadanie szczegółowe 13.1: wzmocnić zdolności adaptacyjne i odporność na zagrożenia klimatyczne i klęski żywiołowe we wszystkich krajach).

⁽³⁶⁵⁾ Zob. powyżej sekcja 1.2.6. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że ograniczenia konkurencji wynikające z porozumień lub decyzji związków przedsiębiorstw mogą nie wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1, jeżeli są nieodłącznie związane z realizacją zgodnego z prawem celu i proporcjonalne do niego (zob. m.in. wyroki z dnia 21 września 1999 r., Albany International, C-67/96, EU: C:1999:430, z dnia 19 lutego 2002 r., Wouters i inni, C-309/99, EU:C:2002:98 oraz z dnia 16 lipca 2006 r., Meca-Medina i Majcen/Komisja, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

⁽³⁶⁶⁾ Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu („wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3”) (Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97).

523. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju nie stanowią odrębnej kategorii horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego do celów stosowania art. 101. W związku z tym, jeżeli horyzontalne porozumienie kooperacyjne odpowiada jednemu z rodzajów porozumień horyzontalnych objętych poprzednimi rozdziałami niniejszych wytycznych i porozumienie to realizuje również cel zrównoważonego rozwoju, należy je oceniać na podstawie wskazówek zawartych w odpowiednich poprzednich rozdziałach wraz ze wskazówkami zawartymi w niniejszym rozdziale.
524. W praktyce oznacza to, że w przypadku porozumienia badawczo-rozwojowego lub porozumienia specjalizacyjnego, które realizuje cel zrównoważonego rozwoju (na przykład porozumienie między konkurentami dotyczące wspólnego opracowania technologii produkcji, która zmniejsza zużycie energii, lub porozumienie o wspólnym korzystaniu z infrastruktury w celu zmniejszenia wpływu procesu produkcji na środowisko) i które w związku z tym kwalifikuje się również jako porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju, możliwe jest skorzystanie z rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych mających zastosowanie do porozumień badawczo-rozwojowych lub porozumień specjalizacyjnych, pod warunkiem że spełnione są warunki określone w tych rozporządzeniach. Jeżeli warunki określone w odpowiednim rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych nie są spełnione, konieczne jest przeprowadzenie pełnej oceny na podstawie art. 101, w oparciu o wskazówki zawarte w rozdziale 2 (w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych) oraz wskazówki zawarte w rozdziale 3 (w przypadku porozumień produkcyjnych, w tym porozumień w sprawie wspólnego korzystania z infrastruktury telefonii ruchomej), przy czym w przypadku obu rodzajów porozumień należy także uwzględnić wskazówki zawarte w niniejszym rozdziale. Podobnie porozumienie między konkurentami dotyczące wspólnych zakupów produktów o ograniczonym wpływie na środowisko jako produktów wejściowych do ich produkcji lub dotyczące zakupów wyłącznie od dostawców przestrzegających określonych norm zrównoważonego rozwoju należy oceniać zgodnie ze wskazówkami zawartymi w rozdziale 4 (Porozumienia o zakupach) ⁽³⁶⁷⁾, przy czym należy także uwzględnić wskazówki zawarte w niniejszym rozdziale.
525. W przypadku jakiegokolwiek niespójności między wskazówkami zawartymi w niniejszym rozdziale a wskazówkami zawartymi w odpowiednich poprzednich rozdziałach przy ocenie danego porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju (rozdziały 2–8) strony porozumienia mogą opierać się na wskazówkach zawartych w rozdziale, który jest dla nich korzystniejszy. Ze względu na swoje odrębne cechy (zob. pkt 540–544) porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju należy oceniać zgodnie z wskazówkami zawartymi w sekcji 9.3 ⁽³⁶⁸⁾, natomiast rozdział 7 (Porozumienia standaryzacyjne) zawiera jedynie dalszy kontekst dotyczący warunków wspólnych dla obu rozdziałów.
526. Niniejszy rozdział skonstruowano w następujący sposób: w sekcji 9.2 przedstawiono przykłady porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju, które prawdopodobnie nie będą ograniczać konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1; sekcja 9.3 zawiera wskazówki dotyczące konkretnych aspektów oceny porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 1 i koncentruje się na najbardziej typowych porozumieniach w sprawie zrównoważonego rozwoju, mianowicie takich, które ustanawiają normy zrównoważonego rozwoju; w sekcji 9.4 omówiono konkretne aspekty oceny porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 3; w sekcji 9.5 przedstawiono rozważania na temat konsekwencji zaangażowania organów publicznych w zawieranie porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju. W sekcji 9.6 przedstawiono natomiast ocenę hipotetycznych przykładów porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju.
- 9.2. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju, które prawdopodobnie nie będą stwarzać problemów w zakresie konkurencji**
527. Nie wszystkie porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju zawierane między konkurentami wchodzą w zakres stosowania art. 101. Jeżeli takie porozumienia nie mają negatywnego wpływu na parametry dotyczące konkurencji, takie jak cena, ilość, jakość, wybór lub innowacyjność, nie są w stanie stwarzać problemów związanych z prawem konkurencji. Poniżej przedstawiono przykłady porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju, które nie wchodzą w zakres stosowania art. 101. Przykłady te mają charakter ilustracyjny i nie są wyczerpujące.
528. Po pierwsze, porozumienia, których celem jest wyłącznie zapewnienie zgodności z wystarczająco precyzyjnymi wymogami lub zakazami zawartymi w prawnie wiążących międzynarodowych traktatach, porozumieniach lub konwencjach, niezależnie od tego, czy wdrożono je do prawa krajowego (na przykład zgodności z podstawowymi prawami socjalnymi lub zakazami korzystania z pracy dzieci, pozyskiwania niektórych rodzajów drewna tropikalnego lub stosowania niektórych substancji zanieczyszczających), i które nie są w pełni wdrożone ani egzekwowane przez sygnatariusza, nie wchodzą w zakres stosowania art. 101. To wyłączenie z art. 101 ma zastosowanie tylko wówczas, gdy dane porozumienie przewiduje, że uczestniczące przedsiębiorstwa, ich dostawcy lub dystrybutorzy muszą przestrzegać takich wymogów lub zakazów, na przykład poprzez zapobieganie produkcji lub przywozowi do UE produktów sprzecznych z takimi wymogami lub zakazami bądź ograniczanie lub eliminowanie takiej produkcji lub takiego przywozu. Takie porozumienia mogą być odpowiednim środkiem umożliwiającym przedsiębiorstwom realizację ich obowiązków dotyczących należytej staranności w zakresie zrównoważonego rozwoju wynikających z prawa krajowego lub prawa Unii, a także mogą stanowić część programów szerszej współpracy branżowej lub inicjatyw wielostronnych mających na celu identyfikację i łagodzenie niekorzystnych skutków w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zapobieganie im w odnośnych łańcuchach wartości lub w odnośnym sektorze.

⁽³⁶⁷⁾ Zob. pkt 284.

⁽³⁶⁸⁾ Ponieważ porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju stanowią podkategorię porozumień standaryzacyjnych.

529. Po drugie, porozumienia, które nie dotyczą działalności gospodarczej przedsiębiorstw, ale ich wewnętrznych procedur korporacyjnych, zasadniczo nie będą objęte zakresem stosowania art. 101. Przedsiębiorstwa konkurujące mogą dążyć do zwiększenia reputacji swojej branży jako odpowiedzialnej ekologicznie i w tym celu uzgadniać na przykład środki mające na celu wyeliminowanie ze swoich obiektów handlowych produktów jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych, nie przekraczać w swoich budynkach określonej temperatury otoczenia lub ograniczyć ilości drukowanych przez siebie dokumentów wewnętrznych.
530. Po trzecie, porozumienia dotyczące utworzenia bazy danych zawierającej ogólne informacje o dostawcach, którzy dysponują (nie)zrównoważonymi łańcuchami wartości (na przykład dostawcach, którzy przestrzegają praw pracowniczych lub oferują płace zapewniające utrzymanie na minimalnym poziomie), stosują (nie)zrównoważone procesy produkcji lub dostarczają (nie)zrównoważone produkty wejściowe, lub informacje o dystrybutorach, którzy wprowadzają produkty do obrotu w (nie)zrównoważony sposób, ale niezabraniające stronom kupowania od takich dostawców ani sprzedawania takim dystrybutorom ani niezobowiązujące ich do tego zasadniczo nie ograniczają konkurencji i nie wchodzi w zakres stosowania art. 101⁽³⁶⁹⁾. Takie ograniczone formy wymiany informacji mogą ponownie pomóc przedsiębiorstwom w wypełnianiu ich obowiązków dotyczących należytej staranności w zakresie zrównoważonego rozwoju, wynikających z prawa krajowego lub prawa Unii.
531. Po czwarte, porozumienia między konkurentami dotyczące organizacji ogólnobranżowych kampanii uświadamiających lub kampanii zwiększających świadomość klientów w kwestii wpływu ich konsumpcji na środowisko lub jej innych negatywnych efektów zewnętrznych, o ile nie stanowią wspólnej reklamy konkretnych produktów, również zasadniczo nie będą ograniczać konkurencji i nie będą wchodzić w zakres stosowania art. 101.
- 9.3. **Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 1**
- 9.3.1. *Zasady ogólne*
532. Jeżeli porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju mają negatywny wpływ na jeden lub więcej parametrów konkurencji, należy je ocenić na podstawie art. 101 ust. 1.
533. Jeżeli porozumienie kooperacyjne między konkurentami (niezależnie od tego, czy wchodzi w zakres któregośkolwiek z poprzednich rozdziałów niniejszych wytycznych) służy realizacji celu zrównoważonego rozwoju, należy to uwzględnić w celu ustalenia, czy porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1⁽³⁷⁰⁾.
534. W przypadku gdy strony porozumienia wykażą, że głównym celem porozumienia jest dążenie do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju, i jeżeli budzi to uzasadnione wątpliwości co do tego, czy ze względu na swój charakter porozumienie wykazuje – mając na uwadze treść jego postanowień, jego cele oraz kontekst gospodarczy i prawny – wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, aby można je było uznać za ograniczenie ze względu na cel⁽³⁷¹⁾, należało będzie ocenić skutki porozumienia dla konkurencji. Nie zachodzi to w przypadku, gdy porozumienie jest wykorzystywane do ukrycia ograniczenia konkurencji ze względu na cel, takiego jak ustalanie cen, podział rynku lub podział klientów, lub ograniczanie produkcji lub innowacji.
535. Wszelkie oceny skutków przeprowadza się zgodnie z zasadami określonymi w sekcji 1.2.5 oraz w sekcji „Skutki ograniczające konkurencję” poprzedniego rozdziału niniejszych wytycznych, odpowiadającej konkretnemu rodzajowi porozumienia horyzontalnego⁽³⁷²⁾. Przy ocenie skutków porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju należy w szczególności uwzględnić następujące czynniki: władza rynkowa stron uczestniczących w porozumieniu, stopień, w jakim porozumienie ogranicza niezależność decyzyjną stron w odniesieniu do głównych parametrów konkurencji, zasięg rynkowy porozumienia, zakres wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych w kontekście porozumienia oraz odpowiedź na pytanie, czy porozumienie powoduje odczuwalny wzrost ceny lub odczuwalne ograniczenie produkcji, różnorodności, jakości lub innowacji.
536. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju, które ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 albo ze względu na cel, albo ze względu na skutek, mogą nadal być objęte wyjątkiem przewidzianym w art. 101 ust. 3, jeżeli strony są w stanie wykazać, że spełnione są cztery łączne warunki określone w tym przepisie (zob. sekcja 9.4).

⁽³⁶⁹⁾ O ile wspomniana baza danych nie skutkuje zmniejszeniem niepewności co do niedawnych lub przyszłych działań konkurentów na rynku, nie będzie stanowiła wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych. Innymi słowy, przedsiębiorstwa wnoszące wkład do tej bazy danych nie powinny wskazywać, kim są ich obecni ani przyszli dostawcy.

⁽³⁷⁰⁾ Zob. pkt 23 i 28.

⁽³⁷¹⁾ Dowody świadczące o dążeniu do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju powinny być zasadniczo takie, by dawały podstawę dla uzasadnionych wątpliwości co do antykonkurencyjnego celu porozumienia. Dążenie do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju nie powinno być jednak niepewne. Zob. odpowiednio wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK), C-307/18, EU: C:2020:52, pkt 107–108.

⁽³⁷²⁾ Zob. również pkt 24–27 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

- 9.3.2. *Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju*
537. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju stanowią podkategorię porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju. Ich zgodność z art. 101 należy oceniać według następujących zasad.

9.3.2.1. *Definicja i charakterystyka*

538. Aby przyczynić się do zrównoważonego rozwoju, konkurenci mogą uzgadniać stopniowe eliminowanie, wycofywanie lub, w niektórych przypadkach, zastępowanie produktów i procesów o charakterze niezrównoważonym (np. odpowiednio tworzyw sztucznych lub paliw kopalnych, takich jak ropa naftowa i węgiel, lub produkcję stali w hutach opalanych węglem) produktami i procesami o charakterze zrównoważonym. Konkurenci mogą także uzgadniać harmonizację materiałów opakowaniowych w celu ułatwienia recyklingu lub harmonizację rozmiarów opakowań (a tym samym zawartości produktów) w celu ograniczenia ilości odpadów. Mogą uzgadniać, że będą kupować tylko czynniki produkcji wyprodukowane w sposób zrównoważony. Mogą również uzgadniać pewne normy poprawiające dobrostan zwierząt (np. uzgodnione normy zapewniające zwierzętom więcej przestrzeni i lepsze warunki życiowe). W tym celu konkurenci mogą zgodzić się na przyjęcie i przestrzeganie pewnych norm zrównoważonego rozwoju. Takie porozumienia nazywane są w niniejszym rozdziale „porozumieniami standaryzacyjnymi dotyczącymi zrównoważonego rozwoju” lub „normami zrównoważonego rozwoju”. Do celów niniejszych wytycznych porozumienia między konkurentami, które ograniczają produkcję produktów objętych porozumieniem przez uczestniczące w nim przedsiębiorstwa, nie kwalifikują się jednak jako porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju.
539. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju wykorzystuje się w celu określenia wymagań, jakie producenci, przetwórcy, dystrybutorzy, detaliści lub usługodawcy w łańcuchu dostaw muszą spełnić w odniesieniu do szerokiego zakresu wskaźników zrównoważonego rozwoju, takich jak wpływ produkcji na środowisko⁽³⁷³⁾. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju zawierają zazwyczaj zasady, wytyczne lub charakterystyki produktów i procesów w odniesieniu do takich wskaźników zrównoważonego rozwoju i są czasem nazywane systemami na rzecz zrównoważonego rozwoju. Są to często inicjatywy prywatne i mogą one obejmować zarówno kodeksy postępowania przyjmowane przez przedsiębiorstwa, jak i normy kształtowane przez organizacje społeczeństwa obywatelskiego oraz inicjatywy wielostronne, w których uczestniczą przedsiębiorstwa z całego łańcucha wartości⁽³⁷⁴⁾. Niniejsze wytyczne dotyczą wyłącznie norm zrównoważonego rozwoju opracowanych przez konkurentów lub w których konkurenci uczestniczą, w tym znaków jakości lub etykiet.
540. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju są podobne do porozumień standaryzacyjnych omówionych w rozdziale 7, a wskazówki przedstawione w owym rozdziale zawierają dalsze wyjaśnienia niektórych warunków określonych w sekcji 9.3.2.4. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju mają jednak również cechy specyficzne.
541. Po pierwsze, przyjęcie normy zrównoważonego rozwoju może prowadzić do utworzenia oznakowania, logo lub marki w odniesieniu do produktów, które spełniają pewne minimalne wymagania. Używanie takiego oznakowania, logo lub marki zasadniczo zobowiązuje przedsiębiorstwa, które przyjęły normę, do przestrzegania tych wymagań, a jeżeli przestają one to czynić, tracą prawo do korzystania z oznakowania, logo lub marki.
542. Po drugie, koszty przestrzegania i spełniania normy zrównoważonego rozwoju mogą być wysokie, w szczególności jeśli wymaga to wprowadzenia zmian w istniejących procesach produkcji lub dystrybucji. W związku z tym przestrzeganie normy zrównoważonego rozwoju może prowadzić do wzrostu kosztów produkcji lub dystrybucji, a w konsekwencji do wzrostu cen produktów sprzedawanych przez strony.
543. Po trzecie, w przeciwieństwie do norm technicznych, które zapewniają interoperacyjność i zachęcają do konkurencji między technologiami opracowanymi przez różne przedsiębiorstwa w procesie opracowywania norm, kwestie interoperacyjności i kompatybilności między technologiami są zasadniczo mniej istotne w przypadku norm zrównoważonego rozwoju.
544. Po czwarte, wiele norm zrównoważonego rozwoju opiera się na procesach, zarządzaniu lub wynikach. Oznacza to, że w przeciwieństwie do wielu norm technicznych normy zrównoważonego rozwoju często po prostu określają cel, który należy osiągnąć, nie narzucając żadnej konkretnej technologii czy metody produkcji na potrzebę jego osiągnięcia. Podmioty przyjmujące takie normy zrównoważonego rozwoju mogą zobowiązać się do osiągnięcia danego celu, ale zachowują swobodę decydowania o zastosowaniu konkretnej technologii lub metody produkcji do jego osiągnięcia.

⁽³⁷³⁾ Zob. na przykład Forum Narodów Zjednoczonych ds. Norm Zrównoważonego Rozwoju, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.

⁽³⁷⁴⁾ Zob. na przykład Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju, Ramy dotyczące dobrowolnych norm zrównoważonego rozwoju, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

9.3.2.2. Główne problemy w zakresie konkurencji

545. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju mają często pozytywny wpływ na konkurencję. Mogą przyczynić się do zrównoważonego rozwoju w drodze umożliwiania rozwoju nowych produktów lub rynków, podnoszenia jakości produktów lub poprawy warunków dostaw lub dystrybucji. W szczególności, dostarczając informacji na temat kwestii związanych ze zrównoważonym rozwojem (np. za pomocą oznakowania), normy zrównoważonego rozwoju umożliwiają konsumentom podejmowanie świadomych decyzji o zakupie, a zatem odgrywają rolę w rozwoju rynków zrównoważonych produktów. Normy zrównoważonego rozwoju mogą także zapewnić równie warunki działania producentom podlegającym różnym wymogom regulacyjnym.
546. W pewnych okolicznościach normy zrównoważonego rozwoju mogą jednak ograniczać konkurencję. Może to nastąpić na trzy sposoby, w szczególności: poprzez koordynację cen, zamknięcie dostępu do alternatywnych norm oraz wykluczenie lub dyskryminację niektórych konkurentów ⁽³⁷⁵⁾.

9.3.2.3. Ograniczenie konkurencji ze względu na cel

547. Normy zrównoważonego rozwoju, które wykorzystuje się w celu ukrycia ustalania cen, podziału rynku lub klientów, ograniczenia produkcji, jakości lub innowacyjności, ograniczają konkurencję ze względu na cel.
548. W szczególności porozumienie między konkurentami dotyczące tego, jak przenieść na klientów zwiększone koszty wynikające z przyjęcia normy zrównoważonego rozwoju w postaci wyższych cen sprzedaży lub jak ustalić ceny produktów, których dotyczy dana norma, ogranicza konkurencję ze względu na cel. Podobnie porozumienie między stronami normy zrównoważonego rozwoju dotyczące wywierania nacisku bezpośrednio na konkurujące osoby trzecie, by powstrzymały się od wprowadzania do obrotu produktów niezgodnych z normą, ogranicza konkurencję ze względu na cel. To samo dotyczy porozumień między konkurentami polegających na ograniczaniu rozwoju technologicznego do minimalnych norm zrównoważonego rozwoju wymaganych na mocy prawa zamiast współpracy w celu osiągnięcia bardziej ambitnych celów środowiskowych ⁽³⁷⁶⁾.

9.3.2.4. Skutki ograniczające konkurencję

a) Wygodna „bezpieczna przystań”

549. Porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju prawdopodobnie nie będą wywoływać odczuwalnych negatywnych skutków dla konkurencji, o ile spełnionych będzie łącznie sześć warunków ⁽³⁷⁷⁾:

Po pierwsze, procedura opracowywania normy zrównoważonego rozwoju musi być przejrzysta i wszyscy zainteresowani konkurenci muszą mieć możliwość uczestniczenia w procesie wyboru normy ⁽³⁷⁸⁾.

Po drugie, norma zrównoważonego rozwoju nie może nakładać na przedsiębiorstwa, które nie chcą w niej uczestniczyć, bezpośredniego lub pośredniego obowiązku dostosowania się do niej ⁽³⁷⁹⁾.

Po trzecie, w celu zapewnienia zgodności z normą można nałożyć na przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu wiążące wymogi, ale przedsiębiorstwa te muszą zachować swobodę stosowania wyższych norm zrównoważonego rozwoju.

Po czwarte, stronom opracowującym normę zrównoważonego rozwoju zabrania się dokonywania wymiany szczególnie chronionych informacji handlowych, które nie są obiektywnie niezbędne i proporcjonalne do celów opracowania, przyjęcia lub modyfikacji normy ⁽³⁸⁰⁾.

Po piąte, należy zapewnić faktyczny i niedyskryminacyjny dostęp do wyników procedury ustanawiania normy. Obejmuje to zapewnienie faktycznego i niedyskryminacyjnego dostępu do wymogów i warunków korzystania z uzgodnionego oznakowania, logo lub marki i umożliwienie przedsiębiorstwom, które nie uczestniczyły w procesie opracowywania normy, przyjęcia normy na późniejszym etapie ⁽³⁸¹⁾.

⁽³⁷⁵⁾ W pkt 442–444 znajduje się bardziej szczegółowy opis głównych sposobów, w jakie porozumienia standaryzacyjne mogą ograniczać konkurencję.

⁽³⁷⁶⁾ Decyzja Komisji z dnia 8 lipca 2021 r. w sprawie AT.40178 – Emisja spalin przez samochody.

⁽³⁷⁷⁾ Jak wskazano w pkt 538, porozumienia między konkurentami, które ograniczają produkcję produktów objętych porozumieniem przez uczestniczące w nim przedsiębiorstwa, nie kwalifikują się jako porozumienia standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju. Porozumienia takie wymagają zatem indywidualnej oceny na podstawie art. 101.

⁽³⁷⁸⁾ Wyjaśnienie pojęcia „przejrzystości” w procesie ustanawiania norm znajduje się w pkt 453.

⁽³⁷⁹⁾ Zob. pkt 464. Innymi słowy, przedsiębiorstwom, które nie chcą uczestniczyć w normie, nie należy utrudniać dalszego zaopatrywania rynku i konsumentów w produkty, które spełniają wymogi prawne, ale nie spełniają dodatkowych wymogów stworzonych przez nową normę zrównoważonego rozwoju.

⁽³⁸⁰⁾ Zob. sekcja 6.1 dotycząca wymiany informacji, a w szczególności pkt 369.

⁽³⁸¹⁾ Zob. pkt 465 i następane w sekcji 7.3.3.2 dotyczące warunków dostępu do normy.

Po szóste, norma zrównoważonego rozwoju musi spełniać co najmniej jeden z następujących warunków:

- a) norma nie może prowadzić do znacznego wzrostu cen ⁽³⁸²⁾ ani do znacznego ograniczenia jakości produktów, których dotyczy;
- b) łączny udział w rynku uczestniczących przedsiębiorstw ⁽³⁸³⁾ nie może przekraczać 20 % na dowolnym rynku właściwym, na który dana norma ma wpływ ⁽³⁸⁴⁾.

550. Warunki te zapewniają, aby norma zrównoważonego rozwoju nie powodowała odczuwalnego ograniczenia konkurencji (na przykład poprzez eliminowanie z rynku tańszych wariantów produktów). Warunki te zapewniają ponadto, aby norma nie zamykała dostępu do norm alternatywnych, nie wykluczała ani nie dyskryminowała innych przedsiębiorstw, a także gwarantowała faktyczny dostęp do normy. Warunek dotyczący niewymieniania się niepotrzebnie szczególnie chronionymi informacjami handlowymi zapewnia ograniczenie wymiany informacji do tego, co jest niezbędne i proporcjonalne na potrzeby procedury ustanawiania norm, i niewykorzystywanie takiej wymiany do ułatwiania tworzenia zmony ani do ograniczania konkurencji między stronami.
551. Jak wskazano w pkt 542, normy zrównoważonego rozwoju prowadzą często do wzrostu cen. Jeżeli jednak normę przyjmą przedsiębiorstwa posiadające znaczne udziały w rynku, może to pozwolić przedsiębiorstwom zachować poprzedni poziom cen lub wprowadzić jedynie nieznaczną podwyżkę cen. Będzie to szczególnie istotne, w przypadku gdy produkt, którego dotyczy norma zrównoważonego rozwoju, stanowi jedynie niewielki koszt nakładów związanych z produktem.
552. Niespełnienie jednego lub kilku warunków dotyczących wygodnej „bezpiecznej przystani” nie stwarza domniemania, że porozumienie standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Jeżeli jednak co najmniej jeden z tych warunków nie jest spełniony, konieczne jest przeprowadzenie indywidualnej oceny porozumienia na podstawie art. 101. Istnieją różne modele ustanawiania norm, a przedsiębiorstwa mają swobodę w zakresie uzgadniania zasad i procedur, które nie naruszają reguł konkurencji, nawet jeżeli mogą się one różnić od opisanych w pkt 549 powyżej.
553. Jest bardziej prawdopodobne, że porozumienie standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju przyczyni się do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju, jeżeli będzie w nim przewidziany mechanizm lub system monitorowania, który zapewni przestrzeganie wymogów normy zrównoważonego rozwoju przez przedsiębiorstwa, które tę normę przyjmą ⁽³⁸⁵⁾.
- b) Ocena na podstawie art. 101 ust. 1 poza wygodną „bezpieczną przystanią”
554. Aby ocenić skutki porozumień standaryzacyjnych dotyczących zrównoważonego rozwoju, które nie spełniają warunków wygodnej „bezpiecznej przystani”, należy uwzględnić czynniki wymienione w pkt 549, a także możliwość uczestnictwa stron trzecich w porozumieniu.
555. Norma zrównoważonego rozwoju może jednak nie wywoływać odczuwalnych skutków antykonkurencyjnych, np. gdy istnieje wystarczająca konkurencja ze strony alternatywnych oznakowań dotyczących zrównoważonego rozwoju lub norm dotyczących zrównoważonego rozwoju lub produktów wytwarzanych i dystrybuowanych bez stosowania oznakowań lub norm dotyczących zrównoważonego rozwoju. Nawet jeśli zasięg rynkowy porozumienia standaryzacyjnego dotyczącego zrównoważonego rozwoju jest znaczny, presja wywierana przez potencjalną konkurencję może być nadal wystarczająca, w szczególności w przypadkach, gdy porozumienie standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju ogranicza się do uzgodnienia oznakowania, pozostawiając uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom swobodę działania także bez stosowania oznakowania. W takim przypadku konsumenci mają wybór między zakupem produktów opatrzonych danym oznakowaniem a zakupem innych produktów, być może wytwarzanych przez te same przedsiębiorstwa, które nie spełniają wymogów oznakowania, a zatem ograniczenie konkurencji jest mało prawdopodobne ⁽³⁸⁶⁾. W przypadkach gdy porozumienie standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju prawdopodobnie doprowadzi do znacznego wzrostu cen lub ograniczenia produkcji, różnorodności, jakości lub innowacyjności produktów, może ono mimo wszystko spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3.

⁽³⁸²⁾ Znaczenie wzrostu cen będzie zależało od cech produktu oraz od rynku właściwego.

⁽³⁸³⁾ Łączny udział w rynku uczestniczących przedsiębiorstw odnosi się zasadniczo do udziału w rynku produktów przedsiębiorstw na rynkach właściwych, których dotyczy dana norma, i nie ogranicza się do produktów, które są specyficznym objęte porozumieniem standaryzacyjnym dotyczącym zrównoważonego rozwoju.

⁽³⁸⁴⁾ Wygodna „bezpieczna przystan” nie uniemożliwia Komisji ani krajowemu organowi ochrony konkurencji podejmowania interwencji w indywidualnych przypadkach, w których porozumienie standaryzacyjne dotyczące zrównoważonego rozwoju spowodowałoby odczuwalne ograniczenie konkurencji na rynku, na przykład ze względu na skumulowany efekt porozumień standaryzacyjnych dotyczących zrównoważonego rozwoju zawartych przez różne przedsiębiorstwa, skutkujących znaczną podwyżką cen lub znacznym obniżeniem jakości.

⁽³⁸⁵⁾ Istnienie takiego systemu monitorowania i egzekwowania na potrzeby zapewnienia zgodności z normą zrównoważonego rozwoju jest czynnikiem, który będzie brany pod uwagę przy ocenie tego, czy głównym celem porozumienia jest dążenie do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju, jak określono w pkt 534.

⁽³⁸⁶⁾ Porozumienia między konkurentami, które nie zawierają ograniczeń ze względu na cel, mogą również wykorzystywać obwieszczenie *de minimis*, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 10 % na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie – zob. pkt 41.

9.4. Ocena porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju na podstawie art. 101 ust. 3

556. Porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju, które ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1, może być objęte wyjątkiem przewidzianym w art. 101 ust. 3, jeżeli strony są w stanie wykazać, że spełnione są cztery łączne warunki określone w tym przepisie.

9.4.1. Przyrost wydajności

557. Pierwszy warunek określony w art. 101 ust. 3 wymaga, aby porozumienie przyczyniało się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego. Zasadniczo w artykule tym wymaga się, aby porozumienie przyczyniało się do obiektywnego wzrostu wydajności, rozumianej w szerokim sensie jako obejmującej nie tylko obniżenie kosztów produkcji i dystrybucji, ale także zwiększenie różnorodności i jakości produktów, usprawnienie procesów produkcji lub dystrybucji oraz wzrost innowacyjności⁽³⁸⁷⁾. Przepis ten umożliwia zatem uwzględnienie szerokiego zakresu korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem wynikających ze stosowania określonych składników, technologii i procesów produkcji.

558. Przykładami przyrostu wydajności, jaki mogą przynieść porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju, są mniej zanieczyszczające technologie produkcji lub dystrybucji, poprawa warunków produkcji i dystrybucji, bardziej odporna infrastruktura i produkty lepszej jakości. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju mogą także ograniczyć zakłócenia w łańcuchu dostaw, skrócić czas wprowadzania zrównoważonych produktów na rynek oraz umożliwić konsumentom świadome podejmowanie decyzji o zakupie poprzez ułatwienie porównywania produktów. Wymienione powyżej korzyści wynikające z przyrostu wydajności mogą przyczynić się do zwiększenia odporności rynku wewnętrznego.

559. Takich przyrostów wydajności nie można po prostu założyć; muszą one być możliwe do wykazania⁽³⁸⁸⁾. Muszą być one także obiektywne, konkretne i możliwe do sprawdzenia⁽³⁸⁹⁾. Na przykład, jeśli deklarowany przyrost wydajności polega na ulepszeniu produktu, strony muszą być zdolne wykazać elementy charakterystyczne tego ulepszenia. Jeśli deklarowany przyrost wydajności polega na zmniejszeniu zanieczyszczenia wody, strony muszą być w stanie wyjaśnić dokładnie, w jaki sposób zawarte porozumienie przyczynia się do zmniejszenia zanieczyszczenia wody, oraz przedstawić szacunkową wielkość deklarowanej korzyści⁽³⁹⁰⁾.

9.4.2. Niezbędność

560. Do celów niniejszych wytycznych należy zająć się trzecim warunkiem określonym w art. 101 ust. 3 (niezbędnością) przed drugim warunkiem (zastrzeżeniem dla użytkowników (konsumentów) słusznej części zysku (korzyści)). Wynika to z faktu, że analiza dotycząca zastrzeżenia dla konsumentów słusznej części zysku nie powinna obejmować skutków ograniczeń, które nie spełniają warunku niezbędności i które są w związku z tym zakazane na podstawie art. 101⁽³⁹¹⁾.

561. Zgodnie z trzecim warunkiem zawartym w art. 101 ust. 3 porozumienie ograniczające konkurencję nie może nakładać ograniczeń konkurencji, które nie są niezbędne do osiągnięcia korzyści wynikających z porozumienia. Aby spełnić ten warunek, strony muszą być zdolne wykazać, że ich porozumienie jako takie oraz każde z ograniczeń konkurencji, jakie ono za sobą pociąga, są racjonalnie konieczne do osiągnięcia deklarowanych korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem oraz że nie istnieją inne, ekonomicznie wykonalne i mniej ograniczające sposoby osiągnięcia tych korzyści⁽³⁹²⁾.

562. Teoretycznie każde przedsiębiorstwo powinno samo decydować, w jaki sposób chce osiągnąć korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem, a rynek będzie nagradzał dobre decyzje i karał złe w zależności od tego, jak konsumenci cenią takie korzyści. Tam, gdzie istnieje popyt na zrównoważone produkty, porozumienia kooperacyjne nie są zwykle niezbędne do osiągnięcia korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem. Mogą się one jednak okazać niezbędne do osiągnięcia celu zrównoważonego rozwoju w bardziej opłacalny lub szybszy sposób⁽³⁹³⁾.

⁽³⁸⁷⁾ Zob. również pkt 48–72 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3. W szczególności w pkt 70 stwierdza się, że „dzięki współpracy przedsiębiorstwa mogą być w stanie osiągnąć przyrost wydajności, który nie byłby możliwy bez porozumienia ograniczającego konkurencję lub byłby możliwy jedynie ze znacznym opóźnieniem lub po wyższych kosztach”.

⁽³⁸⁸⁾ Zob. również pkt 50–58 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3. W szczególności w pkt 58 wyjaśnia się, że „[j]eżeli porozumienie nie weszło jeszcze w życie, strony muszą uzasadnić przesłanki, którymi się kierowały, przewidując daty powstania korzyści mających istotny, pozytywny wpływ na rynek”.

⁽³⁸⁹⁾ Zob. pkt 56 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3, „Przedstawione dane muszą być weryfikowalne, tak by można było z dostatecznie dużą dozą pewności stwierdzić, że korzyści, o których mowa, zostały lub prawdopodobnie zostaną zrealizowane”.

⁽³⁹⁰⁾ Zob. na przykład zalecenie Komisji (UE) 2021/2279 z dnia 15 grudnia 2021 r. w sprawie stosowania metod oznaczania śladu środowiskowego do pomiaru efektywności środowiskowej w cyklu życia produktów i organizacji oraz informowania o niej (Dz.U. L 471 z 30.12.2021, s. 1).

⁽³⁹¹⁾ Zob. w szczególności pkt 39 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3

⁽³⁹²⁾ Zob. w szczególności pkt 73–82 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

⁽³⁹³⁾ Zob. w szczególności pkt 76 i 89 wytycznych w sprawie art. 101 ust. 3 w odniesieniu do czasu osiągnięcia przyrostu wydajności.

563. Porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju może być konieczne w przypadkach, w których strony mogą wykazać, że konsumenci na rynku właściwym mają trudności – na przykład ze względu na brak wystarczającej wiedzy lub informacji o produkcie lub konsekwencjach używania go – z obiektywną oceną tego, czy korzyści, jakie uzyskają oni z porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju, przewyższą szkodę, jaką poniosą w wyniku tego porozumienia, i że w rezultacie przeceniają wielkość bezpośrednich negatywnych skutków. Na przykład producenci dóbr szybko zbywalnych stosują często duże opakowania, ponieważ konsumenci postrzegają duże jako lepsze. Jeżeli producenci zredukują nadmierny rozmiar opakowań przy zachowaniu tej samej zawartości, konsumenci nie poniosą żadnej szkody, jednak mogą oni postrzegać mniejsze opakowanie jako zmniejszenie ilości (zob. przykład 1 w pkt 599). Podobnie konsumenci mogą nie docenić wartości przyszłych korzyści w postaci lepszej jakości lub innowacyjności, jeżeli bezpośrednim skutkiem porozumienia jest wzrost ceny produktu ⁽³⁹⁴⁾.
564. Problem negatywnych efektów zewnętrznych lub innych niedoskonałości rynku próbuje się często rozwiązywać poprzez politykę publiczną i regulacje prawne. Te środki publiczne wymagają zazwyczaj działania wszystkich zainteresowanych osób, aby zapewnić efektywne wyniki rynkowe poprzez uczynienie obywateli i przedsiębiorstw odpowiedzialnymi za konsekwencje dla zrównoważonego rozwoju wynikające z ich indywidualnych wyborów/działania ⁽³⁹⁵⁾. W związku z tym w przypadku gdy prawo unijne lub prawo krajowe nakłada na przedsiębiorstwa wymóg wypełnienia konkretnych obowiązków związanych z celem zrównoważonego rozwoju, nie można uznać, że porozumienia kooperacyjne i wynikające z nich ograniczenia są niezbędne do zapewnienia zgodności z nałożonym obowiązkiem, ponieważ prawodawca zdecydował już, że każde przedsiębiorstwo musi wypełnić dany obowiązek indywidualnie ⁽³⁹⁶⁾.
565. Jednak nawet w przypadku istnienia regulacji prawnych porozumienia mogą być nadal – w określonych sytuacjach – niezbędne do osiągnięcia korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem. Po pierwsze, może to mieć miejsce w przypadku, gdy nie wszystkie aspekty niedoskonałości rynku są objęte regulacją, co pozostawia przestrzeń na porozumienia kooperacyjne. Jest tak na przykład wówczas, gdy przedsiębiorstwa zawierają porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju w celu osiągnięcia znacznie wyższej normy zrównoważonego rozwoju, niż ta określona w regulacji prawnej. Po drugie, porozumienia kooperacyjne mogą być niezbędne do osiągnięcia celu w bardziej opłacalny lub szybszy sposób, o ile odpowiednia regulacja prawna pozostawia przedsiębiorstwom możliwość porozumienia się w tej kwestii, a przedsiębiorstwa przestrzegają przy tym wszystkich wymogów tej regulacji.
566. W innych przypadkach, ze względu na negatywne efekty zewnętrzne lub inne niedoskonałości rynku, korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem nie mogą zostać osiągnięte w wyniku swobodnej interakcji mechanizmów rynkowych lub mogą zostać osiągnięte w sposób bardziej opłacalny w drodze współpracy przedsiębiorstw. Na przykład porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju może być konieczne – na etapie początkowym – aby uniknąć niewłaściwego wykorzystywania inwestycji koniecznych do promowania zrównoważonych produktów i informowania konsumentów (przewycięzenie tzw. „problemu pioniera”) ⁽³⁹⁷⁾.
567. W tym kontekście porozumienie ograniczające konkurencję może być również konieczne do osiągnięcia korzyści skali, w szczególności do osiągnięcia skali wystarczającej do pokrycia stałych kosztów związanych z utworzeniem, stosowaniem i monitorowaniem oznakowania zrównoważoności lub normy. Ograniczenia mogą być także niezbędne do zrównania czynników motywujących obie strony i skłonienia ich do skoncentrowania wysiłków wokół realizacji porozumienia ⁽³⁹⁸⁾. Jeżeli porozumienie zobowiązuje strony do niepodejmowania działań bez stosowania oznakowania lub normy, strony muszą być w stanie udowodnić, dlaczego samo ustanowienie oznakowania lub normy nie wystarczy do osiągnięcia przyrostu wydajności. Generalnie wystarczy zdefiniowanie w porozumieniu normy zrównoważonego rozwoju jako wspólnej normy minimalnej i pozostawienie w ten sposób uczestniczącym w nim przedsiębiorstwom swobodę indywidualnego stosowania wyższych norm zrównoważonego rozwoju.
568. Co do zasady obowiązki nałożone w ramach porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celu porozumienia.

⁽³⁹⁴⁾ W tym przypadku ewentualne korzyści dla konsumentów można wykazać za pomocą dowodów na ich „gotowość do płacenia”, zob. sekcja 9.4.3.2.

⁽³⁹⁵⁾ Na przykład regulacje dotyczące ochrony środowiska osiągają ten cel za pomocą podatków, zakazów lub dotacji.

⁽³⁹⁶⁾ Jeżeli przedsiębiorstwa działają w ramach systemu państw i handlu, takim jak system EU ETS, należy uznać, że każde zmniejszenie zanieczyszczenia i odpowiadające mu zmniejszenie wykorzystania uprawnień do emisji przez dane przedsiębiorstwo lub sektor spowoduje uwolnienie tych uprawnień, co w rezultacie da zerowy efekt netto w zakresie zanieczyszczenia w przypadku braku redukcji uprawnień do emisji („efekt łózka wodnego”).

⁽³⁹⁷⁾ Może to mieć miejsce przykładowo wówczas, gdy przedsiębiorstwo inwestuje we wprowadzenie do obrotu zrównoważonego produktu, aby konsumenci byli świadomi jakości nowego produktu. Jeżeli następnie konkurenci zaczną również produkować zrównoważone wersje swoich własnych produktów, na które powstał już popyt konsumentów, konkurenci ci nie muszą ponosić kosztów związanych z początkowym wprowadzeniem na rynek zrównoważonego produktu i mogą swobodnie wykorzystać inwestycje poczynione przez pierwsze przedsiębiorstwo, by wprowadzić na rynek ten zrównoważony produkt.

⁽³⁹⁸⁾ Zob. w szczególności pkt 80 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3

9.4.3. Przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów

569. W drugim warunku określonym w art. 101 ust. 3 przewidziano wymóg, zgodnie z którym konsumenci muszą otrzymać słuszną część deklarowanego zysku (korzyści). Pojęcie „konsumentów” obejmuje wszystkich bezpośrednich i pośrednich klientów produktów objętych porozumieniem⁽³⁹⁹⁾. Konsumenci otrzymują słuszną część korzyści, gdy korzyści wynikające z porozumienia przewyższają szkody spowodowane przez porozumienie, tak że ogólny wpływ na konsumentów na rynku właściwym jest co najmniej neutralny⁽⁴⁰⁰⁾. W związku z tym korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem, które wynikają z porozumienia, muszą przypadać konsumentom produktów objętych tym porozumieniem.
570. Mogą wystąpić przypadki, w których szkoda dla konkurencji jest bez wątpienia niewielka w porównaniu z potencjalnymi korzyściami dla konsumentów na rynku właściwym, co eliminuje potrzebę dokonania szczegółowej oceny. I odwrotnie, w wielu przypadkach może być oczywiste, że deklarowane korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem nie przypadają konsumentom na rynku właściwym albo że nie byłyby one na tyle znaczące, by zrekomensować szkodę poniesioną przez tych konsumentów. Mogą też jednak wystąpić przypadki, w których nie da się uniknąć szczegółowej oceny.

9.4.3.1. Indywidualne korzyści wynikające z wartości użytkowej

571. Korzyści dla konsumentów wynikają zazwyczaj z konsumpcji lub stosowania produktów objętych ocenianym porozumieniem. Korzyści te mogą przybrać formę poprawy jakości lub różnorodności produktów, wynikającej z przyrostu wydajności w zakresie jakości, lub pojawić się w postaci spadku cen dzięki przyrostowi wydajności w zakresie kosztów. Korzyści takie mogą wynikać także z konsumpcji zrównoważonego produktu w taki sam sposób, jak z konsumpcji każdego innego produktu. Korzyści te można określić mianem „indywidualnych korzyści wynikających z wartości użytkowej”, ponieważ wynikają one z użytkowania produktu i bezpośrednio poprawiają doświadczenia konsumentów związane z danym produktem.
572. Na przykład warzywa uprawiane z wykorzystaniem nawozów organicznych mogą mieć lepszy smak lub być zdrowsze dla konsumentów niż warzywa produkowane z wykorzystaniem nawozów nieorganicznych. Również zastąpienie tworzyw sztucznych bardziej trwałymi materiałami w niektórych produktach może zwiększyć trwałość tych produktów. W takich okolicznościach konsumenci korzystają z wyższej jakości dzięki samemu użytkowaniu danego produktu. Są to typowe przyrosty wydajności w zakresie jakości, jakie może przynieść porozumienie ograniczające konkurencję, i przyrosty te mogą przewyższyć szkodę spowodowaną wzrostem ceny (np. w związku z uzgodnionym stosowaniem droższych materiałów zrównoważonych) lub ograniczeniem wyboru (np. w związku z uzgodnieniem dotyczącym niestosowania niezrównoważonego produktu). Jeśli korzyści są wystarczająco duże, aby przewyższyć szkodę spowodowaną wzrostem cen lub ograniczeniem wyboru, będą one stanowiły rekompensatę dla konsumentów poszkodowanych przez porozumienie, a tym samym spełnią drugi warunek określony w art. 101 ust. 3.
573. W powyższych przykładach, oprócz indywidualnych korzyści wynikających z wartości użytkowej, omawiane porozumienia mogą generować pozytywne efekty, które nie dotyczą bezpośrednio konsumentów (pozytywne efekty zewnętrzne). Pozytywne efekty zewnętrzne występują wtedy, gdy ograniczone zostają negatywne efekty zewnętrzne, takie jak zanieczyszczenie, erozja gleby itp. Osiągnięcie tych pozytywnych efektów zewnętrznych, z których społeczeństwo może korzystać obecnie lub skorzystać w przyszłości, mogło nie być możliwe w przypadku braku zawarcia danego porozumienia ograniczającego konkurencję. Takie pozytywne efekty zewnętrzne różnią się od indywidualnych korzyści wynikających z wartości użytkowej, które uzyskują konsumenci na rynku właściwym (zob. sekcja 9.4.3.3).
574. Porozumienia mające na celu zmniejszenie liczby opakowań mogą także obniżyć koszty produkcji i dystrybucji, a ostatecznie – cenę produktu. Na przykład porozumienie między konkurentami dotyczące dostarczania skoncentrowanego detergentu w płynie w mniejszych butelkach może obniżyć koszty materiałów, transportu i magazynowania. Podobnie porozumienia w sprawie dzielenia się z konkurentami infrastrukturą lub usługami transportowymi związanymi z dystrybucją mogą obniżyć koszty stron, a tym samym cenę produktu końcowego. Szkody wynikające z takich porozumień mogą polegać na ograniczonym wyborze dla konsumentów lub obniżonej jakości produktu, ale korzyści wynikające z niższej ceny mogą przewyższać takie szkody⁽⁴⁰¹⁾. Te same porozumienia mogą mieć także pozytywne efekty zewnętrzne polegające na zmniejszeniu negatywnego wpływu na środowisko (zob. sekcja 9.4.3.3 poniżej).

9.4.3.2. Indywidualne korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej

575. Korzyści dla konsumentów z porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju mogą obejmować nie tylko bezpośrednie korzyści z użytkowania zrównoważonego produktu, lecz także korzyści pośrednie, wynikające

⁽³⁹⁹⁾ Obejmuje to producentów, którzy wykorzystują produkty jako czynniki produkcji, hurtowników, detalistów i konsumentów końcowych, tj. osoby fizyczne, które wykorzystują produkt w celach, które są niezwiązane z ich działalnością handlową lub zawodową. Zob. pkt 84 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3.

⁽⁴⁰⁰⁾ Zob. pkt 85 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3, jak również wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 72.

⁽⁴⁰¹⁾ Dla oceny przyrostu wydajności prawdopodobnie większe znaczenie będą miały redukcje kosztów krańcowych lub zmiennych niż redukcje kosztów stałych; w przypadku tych pierwszych istnieje zasadniczo większa szansa, że doprowadzą one do obniżenia cen dla konsumentów.

z doceniania przez konsumentów wpływu ich zrównoważonej konsumpcji na innych. W szczególności niektórzy konsumenci mogą bardziej sobie cenić konsumpcję zrównoważonego produktu niż produktu o charakterze niezrównoważonym, ponieważ zrównoważony produkt wywiera mniej negatywny wpływ na innych.

576. Konsumenti mogą na przykład wybrać określony płyn do prania nie dlatego, że lepiej pierze, ale dlatego, że mniej zanieczyszcza wodę. Konsumenti mogą być również gotowi zapłacić wyższą cenę za meble wykonane z drewna produkowanego w sposób zrównoważony nie ze względu na ich lepszą jakość, ale dlatego, że chcą powstrzymać wylesianie i utratę siedlisk przyrodniczych. Podobnie kierowcy mogą zdecydować się na stosowanie droższego paliwa nie dlatego, że jest ono wyższej jakości i lepsze dla ich pojazdów, ale dlatego, że mniej zanieczyszcza środowisko.
577. W takich przypadkach doświadczenia konsumentów związane z produktem nie poprawiają się w sposób bezpośredni. Niemniej jednak konsumenci mogą być gotowi zapłacić wyższą cenę za zrównoważony produkt lub ograniczyć swoje możliwości wyboru produktu (nie kupując niezrównoważonych wariantów produktu) w interesie społeczeństwa lub przyszłych pokoleń. W związku z tym konsumenci w obrębie rynku właściwego uzyskują pośrednie korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej na podstawie ich indywidualnej oceny wpływu na innych, w tym na nieużytkowników spoza rynku właściwego.
578. Konsumenti, którzy są gotowi zapłacić więcej za takie produkty, mogą postrzegać je jako produkty wyższej jakości właśnie ze względu na korzyści dla innych. Z gospodarczego punktu widzenia takie pośrednie korzyści jakościowe nie różnią się od korzyści zwiększających jakość, które zwiększają bezpośrednią wartość użytkową produktu omówioną w sekcji 9.4.3.1. Takie pośrednie korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej można w niektórych przypadkach zmierzyć, badając gotowość konsumentów do płacenia, na przykład za pomocą ankiet przeprowadzanych wśród klientów ⁽⁴⁰²⁾.
579. Może istnieć różnica między tym, co konsumenci deklarują jako swoje preferencje, a ich rzeczywistymi preferencjami wynikającymi z ich zachowań nabywczych. Może to oznaczać, że deklarowane przez konsumentów preferencje albo zawyżają, albo zaniżają ich prawdziwe preferencje. Aby zniwelować tego rodzaju odchylenia, które wynikają często z hipotetycznych pytań w badaniach konsumenckich, w badaniach takich powinno się podawać odpowiedni kontekst. Zadawane pytania powinny ponadto uwzględniać normy społeczne, wiedzę i zwyczaje konsumentów oraz oczekiwania dotyczące zachowania innych osób.
580. Mówiąc bardziej ogólnie, strony porozumienia, aby wywiązać się z ciężaru dowodu spoczywającego na nich na podstawie art. 101 ust. 3, muszą przedstawić dowody wskazujące rzeczywiste preferencje konsumentów. Strony powinny unikać przypisywania konsumentom swoich własnych preferencji.
581. Ocena gotowości konsumentów do płacenia nie wymaga ustalenia gotowości do płacenia każdego indywidualnego konsumenta na rynku właściwym. Wystarczy, aby ocena była oparta na ogólnym wpływie na konsumentów na rynku właściwym ⁽⁴⁰³⁾.

9.4.3.3. Korzyści zbiorowe

582. W sekcji 9.4.3.2 odniesiono się do indywidualnych korzyści wynikających z wartości pozaużytkowej, które ograniczają się do dobrowolnych (altruistycznych) wyborów przez poszczególnych konsumentów. Nie wszystkie negatywne efekty zewnętrzne można jednak zniwelować poprzez dobrowolne, indywidualne działania konsumentów. Ponieważ wpływ konsumpcji indywidualnej na zrównoważony rozwój niekoniecznie dotyczy danego konsumenta, ale większej grupy, zinternalizowanie negatywnych efektów zewnętrznych i wytworzenie korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem w odniesieniu do szerszej grupy społeczeństwa może wymagać wspólnej inicjatywy, takiej jak porozumienie kooperacyjne ⁽⁴⁰⁴⁾. Konsumenti mogą na przykład nie być skłonni do płacenia wyższej ceny za produkt wytworzony za pomocą technologii, która jest ekologiczna, ale kosztowna. Urzeczywistnienie korzyści wynikających z zastosowania tej technologii może wymagać zawarcia porozumienia o stopniowym odchodzeniu od technologii zanieczyszczającej środowisko. Korzyści te określa się mianem „korzyści zbiorowych”, ponieważ występują one niezależnie od indywidualnej oceny produktu przez konsumentów i przypadają szerszej grupie społeczeństwa niż tylko konsumentom na rynku właściwym.

⁽⁴⁰²⁾ Gotowość konsumentów do płacenia jest jednym z elementów, który może pomóc w określeniu rodzaju korzyści, jakich mogą oczekiwać strony porozumienia. Fakt, że konsumenci są gotowi płacić, czyli że istnieje popyt na zrównoważone produkty, niekoniecznie oznacza, że porozumienie nie jest niezbędne. Nawet jeśli konsumenci mogą być gotowi do zapłacenia za zrównoważony produkt, porozumienie ograniczające konkurencję może być nadal niezbędne, na przykład w celu przewyższenia „problemów pioniera” lub osiągnięcia korzyści skali zmniejszających koszty.

⁽⁴⁰³⁾ Wyrok z dnia 23 listopada 2006 r., Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, pkt 72.

⁽⁴⁰⁴⁾ Niedoskonałość rynku w takich sytuacjach polega zazwyczaj na tym, że konsumpcja niezrównoważona powoduje negatywne efekty zewnętrzne dla innych. Te negatywne efekty zewnętrzne (takie jak emisje) nie są w pełni zinternalizowane (uwzględniane) przez indywidualnych konsumentów, co skutkuje nadmierną konsumpcją produktu o charakterze niezrównoważonym. Analogicznie niedoskonałość rynku może również polegać na pozytywnych efektach zewnętrznych zrównoważonej konsumpcji (takich jak redukcja emisji). W takim przypadku rynek dostarcza niewystarczającą ilość zrównoważonych produktów zasadniczo z tego samego powodu, a mianowicie dlatego, że konsumenci nie uwzględniają skutków, jakie ich konsumpcja powoduje dla innych.

583. Chociaż równoważenie pozytywnych i negatywnych skutków wynikających z porozumień ograniczających konkurencję odbywa się zwykle w obrębie rynku właściwego, którego dotyczy dane porozumienie, to w przypadku gdy dotyczy to dwóch rynków, można uwzględnić przyrost wydajności wygenerowany na odrębnych rynkach, pod warunkiem że grupa konsumentów, na których ograniczenie ma wpływ i którzy odnoszą korzyści z przyrostu wydajności, jest zasadniczo taka sama ⁽⁴⁰⁵⁾.
584. Analogicznie jeśli konsumenci na rynku właściwym w znacznym stopniu pokrywają się z beneficjentami spoza rynku właściwego lub stanowią część grupy tych beneficjentów, można wziąć pod uwagę korzyści zbiorowe dla konsumentów na rynku właściwym, jakie występują poza tym rynkiem, jeśli są one na tyle znaczące, by zrekompensować konsumentom na rynku właściwym szkodę, którą ponoszą ⁽⁴⁰⁶⁾.
585. Na przykład kierowcy kupujący mniej zanieczyszczające paliwo są jednocześnie obywatelami, którzy skorzystają z czystszej powietrza w przypadku stosowania mniej zanieczyszczającego paliwa. W zakresie, w jakim można stwierdzić znaczne pokrywanie się konsumentów (w tym przykładzie kierowców) z szerszą grupą beneficjentów (obywateli), korzyści związane ze zrównoważonym rozwojem wynikające z czystszej powietrza można wziąć uwagę, o ile rekompensują one konsumentom na rynku właściwym poniesione szkody. Z drugiej strony konsumenci mogą kupować odzież wykonaną z bawełny wyprodukowanej w sposób zrównoważony, dzięki któremu stosuje się mniej nawozów i zużywa się mniej wody na gruntach wykorzystywanych do uprawy tej bawełny. Takie korzyści dla środowiska można by w zasadzie uwzględnić jako korzyści zbiorowe. W tym przypadku nie jest jednak prawdopodobne znaczne pokrywanie się konsumentów kupujących odzież z beneficjentami korzyści dla środowiska, gdyż korzyści te występują tylko na obszarze uprawy tej bawełny. W związku z tym jest mało prawdopodobne, aby konsumenci na rynku właściwym odczuli te korzyści zbiorowe. Można by je zatem uwzględnić tylko wtedy, gdyby konsumenci odzieży byli gotowi zapłacić więcej za odzież wykonaną z bawełny uprawianej w sposób zrównoważony, i w zakresie, w jakim byliby gotowi to uczynić (indywidualne korzyści wynikające z wartości pozaużytkowej, zob. sekcja 9.4.3.2).
586. Urzeczywistnienie korzyści zbiorowych wymaga często tego, by porozumienie miało znaczny zasięg rynkowy. Na przykład jeżeli tylko dwóch spośród dziesięciu producentów pralek zgodzi się zrezygnować z produkcji bardziej zanieczyszczających modeli, porozumienie prawdopodobnie nie będzie w stanie zapobiec zjawisku wykorzystywania sytuacji (przez producentów pralek nadal oferujących bardziej zanieczyszczające modele), a tym samym prawdopodobnie nie ograniczy w wystarczającym stopniu zanieczyszczenia, ponieważ działający we własnym interesie konsumenci mogliby przejść na zanieczyszczające modele wytwarzane przez pozostałych dostawców ⁽⁴⁰⁷⁾.
587. Aby można było uwzględnić korzyści zbiorowe, strony porozumienia muszą być w stanie:
- wyraźnie opisać deklarowane korzyści i przedstawić dowody na to, że korzyści te już powstały lub prawdopodobnie powstaną ⁽⁴⁰⁸⁾;
 - jasno określić beneficjentów;
 - wykazać, że konsumenci na rynku właściwym w znacznym stopniu pokrywają się z beneficjentami lub stanowią część tych beneficjentów ⁽⁴⁰⁹⁾; oraz
 - wykazać, że udział w korzyściach zbiorowych, które przypadają konsumentom na rynku właściwym, ewentualnie wraz z przypadającymi tym konsumentom indywidualnymi korzyściami wynikającymi z wartości użytkowej i pozaużytkowej, przewyższa szkodę poniesioną przez tych konsumentów w wyniku tego ograniczenia.
588. Szczególną wartość dla przedmiotowej oceny mogą mieć dowody istnienia korzyści zbiorowych zawarte w sprawozdaniach organów publicznych lub sprawozdaniach przygotowanych przez uznane instytucje akademickie.
589. W przypadku braku dostępnych danych umożliwiających analizę ilościową korzyści wynikających z porozumienia można uwzględnić inne dowody, pod warunkiem że wykazują one łatwy do zidentyfikowania pozytywny wpływ na konsumentów na rynku właściwym i wpływ ten nie jest marginalny. Ponieważ doświadczenie w zakresie pomiaru i ilościowego określania korzyści zbiorowych jest obecnie niewielkie, Komisja planuje przedstawić więcej wskazówek w tej kwestii, gdy zdobędzie wystarczające doświadczenie w rozpatrywaniu konkretnych przypadków, co może umożliwić jej opracowanie metod oceny.

⁽⁴⁰⁵⁾ Pkt 43 wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3; zob. również wyrok z dnia 27 września 2006 r., GlaxoSmithKline Services i in./Komisja, T-168/01, EU:T:2006:265, pkt 248 i 251; wyrok z dnia 11 września 2014 r., MasterCard Inc., C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 242; decyzja Komisji z dnia 23 maja 2013 r. w sprawie AT.39595 – Continental/United/Lufthansa/Air Canada („STAR alliance”).

⁽⁴⁰⁶⁾ Szkodą dla konsumentów może zostać zrekompensowana w formie jednego rodzaju korzyści związanych ze zrównoważonym rozwojem lub kombinacji korzyści indywidualnych i zbiorowych, zob. sekcja 9.4.3.4.

⁽⁴⁰⁷⁾ W tym przykładzie jednak ze względu na niewystarczający zakres ograniczeniu ulegają nie tylko potencjalne korzyści z porozumienia, lecz także potencjalne szkody dla konkurencji (zasadniczo z tych samych powodów).

⁽⁴⁰⁸⁾ Korzyści, które urzeczywistnią się w przyszłości, mogą być brane pod uwagę w zakresie, w jakim będą przypadają konsumentom na rynku właściwym.

⁽⁴⁰⁹⁾ W przypadkach gdy korzyści zbiorowe są rozproszone wśród dużej części społeczeństwa, mniej prawdopodobne jest, by pokrywanie się z konsumentami na rynku właściwym było znaczne.

9.4.3.4. Wszystkie lub dowolne rodzaje korzyści

590. Strony porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju mogą powoływać się na wszystkie lub dowolne z wszystkich trzech rodzajów korzyści dla konsumentów, aby uzasadnić swoje porozumienie na podstawie art. 101 ust. 3. Wybór korzyści, na które się powołano, może zależeć od okoliczności faktycznych danego przypadku i siły dostępnych dowodów. W niektórych przypadkach do spełnienia warunków określonych w art. 101 ust. 3 wystarczać może wykazanie nawet tylko indywidualnych korzyści wynikających z wartości użytkowej. W innych przypadkach mogą wystarczyć dowody indywidualnych korzyści wynikających z wartości pozaużytkowej lub korzyści zbiorowych. W niektórych zaś przypadkach możliwe jest wykazanie przez strony połączenia dwóch lub wszystkich trzech rodzajów korzyści.

591. W niektórych przypadkach potrzebny może być pewien okres czasu, zanim korzyści się urzeczywistnią. Zanim to nastąpi, porozumienie może mieć jedynie skutki negatywne. Fakt, że przeniesienie korzyści z przyrostu wydajności na konsumentów następuje z pewnym opóźnieniem, sam w sobie nie wyklucza zastosowania art. 101 ust. 3. Im dłuższe jest jednak to opóźnienie, tym większy musi być również przyrost wydajności, aby zrekompensować również straty, jakie ponoszą konsumenci w okresie przed przeniesieniem korzyści z przyrostu wydajności. Dokonując tej oceny, należy odpowiednio zdyskontować wartość przyszłych korzyści ⁽⁴¹⁰⁾.

9.4.4. Nieeliminowanie konkurencji

592. Zgodnie z czwartym warunkiem określonym w art. 101 ust. 3 porozumienie nie może dawać stronom możliwości eliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów. Zasadniczo warunek ten zapewnia zachowanie na rynku właściwym lub rynkach właściwych pewnego poziomu konkurencji, niezależnie od zakresu korzyści.

593. Ten ostatni warunek może być spełniony nawet wówczas, gdy porozumienie ograniczające konkurencję obejmuje całą branżę, o ile strony porozumienia nadal będą ze sobą aktywnie konkurować co najmniej w jednym istotnym parametrze konkurencji. Na przykład jeśli porozumienie eliminuje konkurencję w zakresie jakości lub różnorodności, ale istotnym parametrem konkurencji w danej branży jest również cena i ceny nie są ograniczone, warunek ten nadal może być spełniony.

594. Ponadto jeśli konkurenci konkurują pod względem szeregu zróżnicowanych produktów, a wszystkie one znajdują się na tym samym rynku właściwym, wyeliminowanie konkurencji w przypadku jednego lub kilku wariantów produktu nie musi oznaczać wyeliminowania konkurencji na całym rynku właściwym.

595. Podobnie jeśli konkurenci zdecydują się nie stosować do wytwarzania swoich produktów określonej technologii zanieczyszczającej środowisko lub określonego składnika niezrównoważonego, ale nadal będą konkurować ceną lub jakością produktu końcowego, to konkurencja nie zostanie wyeliminowana.

596. W spełnieniu tego warunku nie przeszkodzi również eliminacja konkurencji na określony czas, jeżeli nie ma to wpływu na rozwój konkurencji po upływie tego okresu. Spełniać ostatni warunek art. 101 ust. 3 będzie, generalnie, na przykład porozumienie między konkurentami o czasowym ograniczeniu produkcji jednego wariantu produktu zawierającego składnik niezrównoważony, aby wprowadzić na rynek zrównoważony substytut tego produktu w celu zwiększenia świadomości konsumentów na temat właściwości nowego produktu.

9.5. Zaangażowanie organów publicznych

597. Zaangażowanie krajowych lub lokalnych organów publicznych w proces zawierania porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju lub wiedza tych organów o istnieniu takich porozumień nie stanowią same w sobie przeszkody w stosowaniu art. 101 do takich porozumień. Porozumienia takie nadal podlegają przepisom art. 101, również jeśli działania organów publicznych jedynie zachęcają przedsiębiorstwa do zaangażowania się w antykonkurencyjne porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju lub im to ułatwiają, ale nie pozbawiają przedsiębiorstw autonomii ⁽⁴¹¹⁾.

598. Strony antykonkurencyjnego porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju nie będą jednak ponosić odpowiedzialności na podstawie art. 101, jeśli do zawarcia takiego porozumienia zostały zmuszone lub zobowiązane przez organy publiczne lub jeśli organy publiczne wzmocniają skutki takiego porozumienia ⁽⁴¹²⁾.

9.6. Przykłady

599. Porozumienie wykorzystujące wygodną „bezpieczną przystań”

⁽⁴¹⁰⁾ Zob. wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3, pkt 87.

⁽⁴¹¹⁾ Wyrok z dnia 9 września 2003 r., BIDS, C-198/01, EU:C:2003:430, pkt 56. Zob. również rozdział 1 pkt 19.

⁽⁴¹²⁾ Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, pkt 38; wyrok z dnia 5 grudnia 2006 r., Cipolla i in., C-94/04, EU:C:2006:758, pkt 47.

Przykład 1

Sytuacja: Płatki śniadaniowe są sprzedawane w atrakcyjnych kolorowych pudełkach kartonowych. Z biegiem lat pudełka te stały się większe – nie dlatego, że zwiększyła się ich zawartość, ale po to, by wyglądały bardziej atrakcyjnie i obiecująco dla konsumentów. Jest to opłacalna strategia marketingowa, ponieważ konsumenci często kupują płatki śniadaniowe spontanicznie, a większe pudełka stwarzają wrażenie, że jest to lepszy zakup. Ponieważ strategię tę stosowali wszyscy producenci, nie miała ona znaczącego wpływu na ich udziały w rynku. Doprowadziła ona jednak do sytuacji, w której producenci wykorzystują do wytwarzania swoich produktów o ok. 15 % materiału opakowaniowego za dużo.

Organizacja pozarządowa Prevent Waste skrytykowała strategię „pustych opakowań” stosowaną przez producentów płatków śniadaniowych jako marnotrawną i szkodliwą dla środowiska, ponieważ zużywa się przez to więcej zasobów naturalnych, niż jest to konieczne do efektywnej produkcji i dystrybucji tych produktów. W odpowiedzi producenci płatków śniadaniowych, zrzeszeni w swoich organizacjach handlowych, zgodzili się wprowadzić ograniczenia w kwestii nadmiernego rozmiaru opakowań swoich produktów. Wspólnie uzgodnili normę dotyczącą opakowań polegającą na ograniczeniu materiału przeznaczonego do nadmiernego rozmiaru opakowań do poziomu co najwyżej 3 %, tak aby pudełka z płatkami śniadaniowymi nadal były łatwe w użyciu, i podali swoją decyzję do wiadomości publicznej. Producenci płatków śniadaniowych wdrożyli porozumienie wraz z początkiem roku i obejmuje ono 100 % rynku. W rezultacie koszty opakowań, które stanowią 6 % ceny hurtowej, spadły o ok. 10 %. Doprowadziło to do spadku ceny hurtowej płatków śniadaniowych o ok. 0,5 % oraz do spadku ceny detalicznej o 0–0,5 %.

Analiza: Konkurenci porozumieli się w kwestii normy, która ma wpływ na wprowadzanie produktu do obrotu, ale zrobili to w sposób przejrzysty, umożliwiając wszystkim dobrowolne przyjęcie tego podejścia, lecz nie nakładając takiego obowiązku. Nie doszło do wymiany informacji szczególnie chronionych. Ponadto producenci płatków śniadaniowych mogą jeszcze bardziej zmniejszyć wielkość opakowania, jeśli sobie tego zażyczą. Co więcej, porozumienie standaryzacyjne mające na celu ograniczenie nadmiernego rozmiaru opakowań ma bardzo niewielki, a nawet obniżający wpływ na cenę płatków śniadaniowych, nie wpływa na konkurencję między producentami płatków w odniesieniu do głównych parametrów, takich jak cena, jakość i innowacyjność, a także w ograniczonym stopniu wpływa na konkurencję w zakresie wprowadzania do obrotu (z uwagi na ewidentnie niewielki efekt strategii „nadmiernego powiększania” pudełek). Porozumienie spełnia zatem warunki „bezpiecznej przystani” i jest mało prawdopodobne, aby wywierało znaczące negatywne skutki dla konkurencji. Porozumienie przynosi wręcz korzyści konsumentom, eliminując kosztowne strategie nadmiernego rozmiaru opakowań, które mają niewielki wpływ na konkurencję.

600. Porozumienie wykorzystujące wygodną „bezpieczną przystań”

Przykład 2

Sytuacja: Fair Tropical Fruits, organizacja pozarządowa, utworzyła wraz z kilkoma przedsiębiorstwami zajmującymi się handlem owocami oznaczenie owoców tropikalnych pochodzących ze sprawiedliwego handlu (oznaczenie „FTF”). Aby móc używać tego oznaczenia, przedsiębiorstwa handlujące owocami tropikalnymi muszą zagwarantować, że dane owoce pochodzą od producentów, którzy zapewniają pracownikom godziwe wynagrodzenie zapewniające utrzymanie i nie wykorzystują pracy dzieci. Przedsiębiorstwa te mogą również prowadzić handel owocami z wykorzystaniem innych oznaczeń lub bez oznaczeń. Organizacja Fair Tropical Fruits stworzyła system monitorowania, którego celem jest poświadczanie, że produkty sprzedawane z oznaczeniem FTF spełniają warunki minimalne. Warunki uczestnictwa oraz sposób i rezultaty działania systemu monitorowania są dostępne na stronie internetowej Fair Tropical Fruits. Owoce sprzedawane z oznaczeniem FTF są droższe niż inne owoce tropikalne będące przedmiotem handlu.

Oznaczenie FTF wprowadzono w całej UE i korzysta z niego wielu dużych handlowców, którzy podpisali porozumienie o przestrzeganiu warunków minimalnych wymaganych do stosowania oznaczenia. Oznaczenie to szybko zyskało popularność wśród niektórych konsumentów. W zależności od rodzaju owoców tropikalnych i danego rynku geograficznego udział w rynku przedsiębiorstw zajmujących się handlem owocami wynosi od 12 % w przypadku ananasów do 20 % w przypadku mango. Te same przedsiębiorstwa działają również bez stosowania oznaczenia.

Analiza: Oznaczenie FTF prawdopodobnie nie spowoduje odczuwalnych negatywnych skutków dla konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 i może być objęte zasadą wygodnej „bezpiecznej przystani” dla norm zrównoważonego rozwoju ze względu na: (i) niewielki udział stron porozumienia w poszczególnych rynkach właściwych zakupu i zbytu, (ii) znaczący udział w rynku produktów z innymi oznaczeniami i bez oznaczeń oraz konkurencję z ich strony, fakt, że (iii) stosowanie oznaczenia FTF jest dobrowolne i niewyłączne, (iv) porozumienie standaryzacyjne nie obejmuje jakiegokolwiek wymiany informacji dotyczących cen zamówień, innych kosztów, wielkości produkcji lub marż oraz (v) pozwolenie na używanie oznaczenia jest uzależnione tylko od przestrzegania pewnych warunków minimalnych bez uzgadniania jakichkolwiek wiążących cen minimalnych lub dodatkowych opłat. Porozumienia mogą wręcz dać konsumentom większy wybór, umożliwiając im zidentyfikowanie produktów, które spełniają warunki dotyczące „sprawiedliwego handlu”.

601. Porozumienie niemające znaczącego wpływu na konkurencję

Przykład 3

Sytuacja: Fair-Clothing.Com to odnosząca duży sukces organizacja pozarządowa, która z pomocą dotacji rządowych i dzięki skutecznej kampanii medialnej zdołała przekonać większość firm sprzedających odzież w UE, w tym wszystkie główne marki i szereg sieci sprzedaży detalicznej odzieży, do kupowania odzieży wyłącznie od producentów z krajów rozwijających się, którzy przestrzegają określonych poziomów minimalnego wynagrodzenia. Kampania, którą wspierało i koordynowało wiele krajowych i unijnych organizacji konsumenckich, odniosła ogromny sukces: obecnie 85 % całej odzieży sprzedawanej w UE sprzedaje się z oznakowaniem Fair Clothing. Aby uzyskać licencję na używanie oznakowania uczestniczące firmy zgodziły się przestrzegać norm minimalnego wynagrodzenia i nie sprzedawać odzieży, która nie spełnia tych norm, niezależnie od miejsca jej produkcji. W wyniku kampanii płace pracowników przemysłu włókienniczego w krajach rozwijających się wzrosły średnio o 20 %.

Sondaże i badania dotyczące produktów konsumenckich wskazują, że średnia cena odzieży w UE nie wzrosła znacząco w wyniku wprowadzenia oznakowania Fair Clothing: szacunki dotyczące wpływu na cenę wahają się od -0,5 % do +0,8 % i statystycznie nie różnią się znacząco od zera. Najbardziej wiarygodne wyjaśnienia braku wzrostu cen to, po pierwsze, względna nieistotność wynagrodzeń pracowników produkcji jako składnika ceny końcowej wyrobów odzieżowych oraz, po drugie, ewentualna poprawa wydajności pracy, która może być wynikiem wzrostu wynagrodzeń. Przykładowo składnik wynagrodzenia przy produkcji koszul bawełnianych wynosi około 30 % lokalnych kosztów produkcji. Można zatem wyjść z założenia, że wzrost wynagrodzenia o 20 % doprowadził w krajach rozwijających się do wzrostu ceny ex-works koszuli o co najwyżej 6 %.

Analiza: Biorąc pod uwagę, że strony porozumienia Fair Clothing (właściciele zachodnich marek i sieci sprzedaży detalicznej odzieży) doliczają do ceny zakupu średnią marżę w wysokości 200–300 % na pokrycie kosztów transportu, przywozu i pozostałych kosztów dystrybucji i opakowań, wpływ na cenę, po której strony sprzedają koszulę, już z tego powodu wynosi co najwyżej 1,5–2 %. Istnieją ponadto przesłanki, że dzięki zapewnieniu pracownikom dostępu do bardziej pożywnej żywności i lepszej opieki zdrowotnej wzrost wynagrodzeń o 20 % ma w krajach rozwijających się pozytywny wpływ na wydajność pracy w sektorze włókienniczym. Z uwagi na intensywną konkurencję w branży odzieżowej można oczekiwać, że ta poprawa wydajności spowoduje efekt obniżenia cen.

Na podstawie szacunków dotyczących wpływu na cenę można stwierdzić, że jest mało prawdopodobne, aby porozumienia Fair Clothing wywołały odczuwalne negatywne skutki dla klientów stron porozumień, a zatem porozumienia te nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1.

602. Porozumienie, co do którego jest mało prawdopodobne, że ograniczy konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 lub prawdopodobnie spełni warunek określony w art. 101 ust. 3

Przykład 4

Sytuacja: Na podstawie wyników badania dotyczącego zalecanych poziomów tłuszczu w niektórych przetworzonych środkach spożywczych, przeprowadzonego przez ośrodek analityczny finansowany przez rząd w jednym z państw członkowskich kilku większych producentów przetworzonych środków spożywczych działających w tym państwie członkowskim uzgodniło, w drodze oficjalnych rozmów na forum branżowego stowarzyszenia handlowego, że ustalą zalecane poziomy tłuszczu w produktach. Strony reprezentują łącznie 70 % sprzedaży produktów w państwie członkowskim. Inicjatywa stron będzie wspierana poprzez krajową kampanię reklamową, finansowaną przez ośrodek analityczny, podkreślającą zagrożenia wynikające z wysokiej zawartości tłuszczu w przetworzonych środkach spożywczych.

Analiza: Chociaż poziomy tłuszczu są zaleceniami, a więc są dobrowolne, w wyniku dużego rozgłosu, związanego z krajową kampanią reklamową, zalecane poziomy tłuszczu prawdopodobnie zostaną wdrożone przez wszystkich producentów przetworzonych środków spożywczych w państwie członkowskim. Prawdopodobnie staną się one w ten sposób de facto maksymalnymi poziomami tłuszczu w przetworzonych środkach spożywczych. Wybór konsumenta na rynkach produktowych mógłby zostać tym samym ograniczony. Strony będą jednak mogły dalej konkurować w odniesieniu do wielu innych cech produktów, takich jak cena, rozmiar produktu, jakość, smak, zawartość innych składników odżywczych i soli, zrównoważony skład oraz marka. Ponadto konkurencja w odniesieniu do poziomów tłuszczu w ofercie produktów może wzrosnąć w przypadkach, w których strony będą dążyć do oferowania produktów o najniższej zawartości tłuszczu. Jest zatem mało prawdopodobne, że porozumienie wywoła skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1. Jednak nawet jeżeli porozumienie zostanie uznane za wywierające znaczący negatywny wpływ na konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 – z uwagi na to, że konsumenci są pozbawieni możliwości wyboru żywności o wysokim poziomie tłuszczu – korzyści dla konsumentów wynikające z otrzymania wartościowych informacji i pozytywnych skutków dla zdrowia prawdopodobnie przewyższą szkodę, a porozumienie prawdopodobnie spełni warunki określone w art. 101 ust. 3.

603. Porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 i spełniające warunki określone w art. 101 ust. 3.

Przykład 5

Sytuacja: Producenci pralek wytwarzają obecnie szereg różnych urządzeń – od najnowszych modeli, które są bardziej zaawansowane technicznie i energooszczędne, po starsze modele, które są mniej zaawansowane technicznie. Starsze, mniej zaawansowane modele zużywają więcej energii elektrycznej i wody, ale są tańsze w produkcji i sprzedaje się je po niższych cenach niż nowsze i bardziej zaawansowane technicznie modele. Zgodnie z unijnymi przepisami wszystkie modele są klasyfikowane w ośmiu kategoriach efektywności energetycznej, od A do H, i odpowiednio oznakowane.

Innowacje w tej branży koncentrują się na dalszej poprawie efektywności energetycznej nowych modeli. Producenci pralek uważają jednak, że powinni próbować zmniejszać zużycie energii przez ich urządzenia w inny sposób. Dlatego uzgodnili stopniowe wycofywanie z produkcji i sprzedaży pralek kategorii F–H, czyli modeli starszych i najmniej efektywnych energetycznie. Te starsze modele charakteryzują się również najmniejszą oszczędnością pod względem zużycia wody.

Porozumienie obejmuje wszystkich producentów, a zatem obejmuje prawie 100 % rynku. Przewiduje ono stopniowe odejście od produkcji i sprzedaży pralek z kategorii F–H w ciągu dwóch lat. Modele te stanowią obecnie około 35 % całej sprzedaży na rynku. Chociaż wszyscy producenci, którzy zawarli porozumienie, już produkują modele z kategorii A–E, a zatem żaden z nich nie straci całej swojej obecnej sprzedaży, to jednak każdy z producentów odczuje skutki w innym stopniu w zależności od tego, jakie modele oferuje obecnie. Jest więc prawdopodobne, że konkurencja między producentami ulegnie zakłóceniu. Ponadto stopniowe wycofywanie kategorii F–H ograniczy wybór pralek dostępnych dla konsumentów i spowoduje wzrost średniego kosztu zakupu. Dla przeciętnego nabywcy, który wcześniej kupował pralki z kategorii F–H, cena pralki wzrośnie o co najmniej 40–70 EUR.

Przed wprowadzeniem w życie porozumienia w sprawie stopniowego wycofywania pralek o kategorii F–H branża próbowała przenieść popyt na inne pralki za pomocą kampanii reklamowych. W ramach badań ustalono, że niepowodzenie tych kampanii wynika stąd, że wielu konsumentów ma w swoich decyzjach nabywczych trudności z zestawieniem pozytywnego wpływu przyszłego obniżenia rachunków za energię elektryczną i wodę z negatywnym wpływem natychmiastowego wzrostu ceny zakupu urządzenia.

Z badań wynika również, że nabywcy pralek w rzeczywistości odnoszą znaczne korzyści ze stopniowego wycofywania kategorii F–H. W przypadku przeciętnego nabywcy pralki wzrost ceny zakupu zwróci się w ciągu jednego do dwóch lat dzięki niższemu kosztom energii elektrycznej i wody. W przypadku przeważającej większości konsumentów – w tym tych, którzy rzadziej korzystają z pralki – wzrost ceny zakupu zwróci się w ciągu czterech lat. Biorąc pod uwagę, że średni okres przewidywanej żywotności urządzeń z kategorii A–E wynosi co najmniej pięć lat, konsumenci pralek jako grupa odnoszą korzyści z porozumienia. Ta korzyść netto dla wszystkich użytkowników pralek jest jeszcze większa dzięki korzyściom dla środowiska wynikającym ze zbiorowego ograniczenia zużycia energii elektrycznej i wody. Ograniczenie zużycia energii elektrycznej prowadzi do mniejszej ilości zanieczyszczeń będących efektem wytwarzania energii elektrycznej, co przynosi również korzyści konsumentom pralek w zakresie, w jakim niedoskonałość rynku związana z zanieczyszczeniami nie została już wyeliminowana przez inne instrumenty regulacyjne (np. unijny system handlu uprawnieniami do emisji, który nakłada ograniczenia na emisję dwutlenku węgla). Ograniczenie zużycia wody prowadzi do mniejszego zanieczyszczenia wody. Ponieważ konsumenci pralek stanowią przeważającą większość populacji, konsumenci na rynku właściwym, na których porozumienie ma wpływ, odczuwają część tych korzyści dla środowiska.

Analiza: Chociaż porozumienie prawdopodobnie będzie miało znaczące negatywne skutki i będzie naruszało art. 101 ust. 1, prawdopodobnie będzie jednak spełniało warunki określone w art. 101 ust. 3. W szczególności: (i) w wyniku porozumienia przeciętna pralka stanie się bardziej energooszczędna i wodooszczędna; (ii) nie można było tego efektu osiągnąć za pomocą mniej ograniczającego porozumienia, na przykład za pomocą wspólnej kampanii reklamowej lub oznaczenia zrównoważoności; (iii) konsumenci na rynku właściwym odnoszą korzyści netto w wyniku powstania indywidualnych ekonomicznych wartości użytkowych i zbiorowych korzyści dla środowiska oraz (iv) konkurencja nie zostanie wyeliminowana, ponieważ porozumienie wpływa jedynie na wielkość asortymentu oferowanych modeli – jeden z parametrów konkurencji – a nie na inne parametry, takie jak cena lub innowacyjność, które mogą być i są przedmiotem konkurencji.